

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

Zomar Fromm Trinta

A Improbidade Administrativa e o Princípio da Insignificância

BRASÍLIA
2013

Zomar Fromm Trinta

A Improbidade Administrativa e o Princípio da Insignificância

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à
Universidade de Brasília para obtenção de título de
bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Othon de Azevedo Lopes

BRASÍLIA
2013

Zomar Fromm Trinta

A Improbidade Administrativa e o Princípio da Insignificância

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à Universidade de Brasília para obtenção de título de bacharel em Direito.

Banca Examinadora:

Orientador: Professor Doutor Othon de Azevedo Lopes.
Universidade de Brasília

Membro: Professor Mestre Francisco Schertel Ferreira Mendes
Universidade de Brasília

Membro: Professor Doutor Paulo Burnier da Silveira
Universidade de Brasília

Membro Suplente: Professor Doutor Vallisney de Souza Oliveira.
Universidade de Brasília

Brasília, 18 de dezembro de 2013.

Agradecimentos:

A Deus pela minha vida. Aos meus pais pelo exemplo de conduta, apoio incondicional, carinho e amor. A minha querida filha Deborah por encher de luz a minha existência. A minha amada Jeane pelo seu amor, ajuda e incentivo. Agradeço, em particular, ao Professor Dr. Othon de Azevedo Lopes, meu orientador, e a todos os professores da Universidade de Brasília-UnB, por toda dedicação e ensinamentos repassados ao longo dessa jornada acadêmica. Enfim, a todos que de algum modo colaboram para esta realização.

RESUMO

O princípio da insignificância tem sido amplamente utilizado no direito penal para excluir a tipicidade das condutas pela ausência de uma lesão efetiva ao bem jurídico protegido. A improbidade administrativa é um mal que inunda a Administração Pública e representa um dos vetores de má gestão do Estado e do fisiologismo político, exigindo, portanto, a efetiva implementação de mecanismos de controle. A Lei de Improbidade Administrativa surge na tentativa de dar orientação aos atos administrativos e de evitar que a Administração Pública se afaste de seus fundamentos básicos, atuando, dessa forma contra os princípios democráticos e constitucionais do Estado de Direito. O presente trabalho propõe um estudo acerca do princípio da insignificância e a possibilidade de sua aplicação aos atos cometidos por agentes públicos em desarmonia com os princípios constitucionais, mais precisamente aos atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8429/92.

Palavras-chaves: Princípio da insignificância- Improbidade administrativa- Princípios constitucionais.

ABSTRACT

The principle of insignificance has been widely used in criminal law to exclude the typicality of a conduct through the absence of an actual damage to the legal interest that is being protected. Administrative misconduct is an evil present in Public Administration and is one of the vectors of mismanagement of the State and political patronage, thus requiring the effective implementation of control mechanisms. The Administrative Misconduct Law arises as an attempt to guide administrative acts and prevent Public Administration from straying off its basic foundations, thus keeping it from acting against the democratic and constitutional principles of law. This paper proposes a study of the principle of insignificance and the possibility of its use on acts committed by public officials against the constitutional principles, specially on acts of conduct previously defined by Law 8429/92.

Keywords: Principle of insignificance - Administrative Dishonesty - Constitutional principles.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	08
2	PRINCÍPIOS REGENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	10
2.1	Considerações iniciais	10
2.2	Princípio da moralidade	12
2.3	Princípio da impessoalidade	15
2.4	Princípio da publicidade	17
2.5	Princípio da eficiência	19
2.6	Princípio da supremacia do interesse público	21
2.7	Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade	23
2.8	Princípios da legalidade	25
3.	IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	28
3.1	Considerações Iniciais	28
3.2	Conceito de Improbidade Administrativa	28
3.3	Elementos constitutivos do ato de improbidade administrativa	30
3.3.1	Sujeito Passivo	30
3.3.2	Sujeito Ativo	32
3.3.3	Agentes Políticos	34
3.3.4	Ato danoso expresso na lei	37
3.3.5	O elemento subjetivo do dolo ou culpa	39
4	PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	40
4.1	Considerações Iniciais	40
4.2	O princípio da insignificância	40
4.3	O princípio da insignificância e o Direito Penal brasileiro	41

5	A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	51
5.1	Considerações Iniciais	51
5.2	O caso do Chefe de Gabinete da Prefeitura do Município de Vacaria/RS	52
5.3	A corrente contrária à aplicação do princípio da insignificância	55
5.4	A corrente favorável à aplicação do princípio da insignificância	57
6	CONCLUSÃO	61
	REFERÊNCIAS	63

1 INTRODUÇÃO

A improbidade administrativa sempre foi um dos maiores entraves à concretização das atividades estatais. A imoralidade no manejo com a *res publica* não afronta somente os princípios constitucionais e administrativos. Ela esfolia o arcabouço jurídico de proteção ao Poder Público e o próprio Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, o agente público exerce papel preponderante, pois é ele quem dá corpo às atividades estatais, devendo agir com zelo, lisura, transparência, honestidade, responsabilidade, independente da esfera de Poder que atue.

É dever de todo e qualquer agente público usar da prerrogativa de poder que lhe foi outorgado para a consecução do bem comum, no desempenho da sua função estatal, abjurando-se dos seus próprios interesses em proveito da sociedade.

Não se pode aceitar que agentes do Estado prejudiquem a coletividade através do desrespeito às suas funções pelos maus tratos à coisa pública. A transgressão da legalidade carece ser penalizada.

Acerca desta problemática, existe legislação consistente no ordenamento pátrio, a exemplo da própria Constituição Federal e da Lei de Improbidade Administrativa, que nasceu com a finalidade de combater atos que afetem a moralidade e lesem a coisa pública.

Todavia, a Lei de Improbidade Administrativa possui comandos muito abertos o que permite ao intérprete uma utilização ampla, tornando indispensável o emprego de prudência no ingresso de ações de improbidade administrativa para não se cometer equívocos.

No entanto, percebe-se a existência de alguns ilícitos em que a atuação judicial é por demais gravosa, restando desproporcional diante da irrelevância da conduta e da inexistência de lesão ao bem jurídico tutelado. Nesses casos, o princípio da insignificância vem sendo aplicado, principalmente na seara penal, mesmo não havendo expressa previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro.

O princípio da insignificância tem como propósito excluir a tipicidade de uma conduta que, em razão de ínfima lesão ao bem jurídico tutelado e em decorrência da baixa reprovabilidade, torna-se insignificante. Desse modo, as ações ou omissões que afetem infimamente a esse bem protegido devem ser tidas como atípicas.

Diante do exposto, o presente estudo assume importância preponderante, visto que o tema provoca evidente interesse social. Desta forma, vislumbra-se nesse trabalho imiscuir-se a analisar a possibilidade de se aplicar o princípio da insignificância, habitualmente

utilizado pelos penalistas, por analogia, aos atos cometidos por agentes públicos em divergência com os princípios constitucionais, mais precisamente aos atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8429/92.

Para melhor discorrer sobre o tema, esse trabalho foi dividindo em quatro capítulos. O primeiro deles aborda os princípios regentes da Administração Pública, vez que esse orientam a atuação do Estado. Em seguida, o segundo capítulo trata da improbidade administrativa, buscando analisar suas peculiaridades. O terceiro examina especificamente o princípio da insignificância, objeto central do presente estudo, demonstrando sua aplicação através de exemplos encontrados nos julgados dos Tribunais brasileiros. O quarto capítulo apresenta o debate entre duas correntes que defendem posições opostas no que diz respeito à aplicação do princípio da insignificância nos atos de improbidade administrativa.

Esse opúsculo apoiou-se no método de pesquisa dialético, a partir do confronto doutrinário e jurisprudencial, bem como do método comparativo e da técnica de pesquisa bibliográfica, com o intuito de embasar o pertinente estudo e amparar os argumentos expostos.

Por derradeiro, tem-se o desígnio despretensioso de fomentar o interesse acadêmico acerca desta questão, como também subsidiar obras futuras que pretendam aprofundar essa temática, tendo em vista acreditar que a verdadeira mudança só ocorrerá quando a cortina da ignorância ruir. Sendo o acadêmico um agente transformador, nada mais providencial do que instigar a reflexão no seio estudantil.

2 PRINCÍPIOS REGENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 Considerações iniciais

Os princípios exercem uma função preponderante no sistema jurídico brasileiro, pois retratam valores intrínsecos à sociedade e respaldam o Estado Democrático de Direito. No âmbito do Direito Administrativo, direcionam a Administração Pública nas atividades estatais, as quais devem servir ao interesse coletivo. Desta forma, não se pode fazer qualquer estudo que englobe a Administração sem abordar os princípios que lhe são inerentes.

No entendimento do respeitado jurista Miguel Reale, princípios gerais são *“Enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico em sua aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas”*¹.

Corroborando com esse entendimento Lúcia Valle Figueiredo, que dá a seguinte definição para essa espécie de princípios:

Os princípios gerais de Direito são normas abstratas, não necessariamente positivadas expressamente, porém às quais todo o ordenamento jurídico, que se construa, com a finalidade de ser um Estado Democrático de Direito, em sentido material, deve respeito².

Cumprindo observar que nem sempre eles se encontram expressos na ordem jurídica. Entretanto, os princípios constitucionais são princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. É o que se pode absorver do entendimento de Carmem Lúcia Antunes Rocha, que abaliza o seguinte:

Os princípios constitucionais não são os princípios gerais de Direito, mas princípios fundamentais do Estado de Direito, único no qual o direito Democrático pode se positivizar e se aplicar visando ao ideal de Justiça materialmente buscado pela sociedade³.

1. REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 106.

2. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 38.

3. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 28.

Inferese do enunciado que há uma perfeita simbiose entre os princípios fundamentais do Estado de Direito que vinculam todos à lei e os objetivos democráticos instalados nesse sistema.

A doutrina classifica os princípios como explícitos e implícitos. Os primeiros estão proclamados no texto da própria Constituição; os segundos não aparecem escritos, mas são subentendidos. No que se refere aos princípios da Administração Pública, objeto do presente estudo nesse capítulo, também há essa mesma classificação. É o que demonstra o entendimento de Francisco Octavio de Almeida Prado sobre essa classificação:

Além desses princípios referidos, expressamente na constituição, outros há implícitos, decorrentes da índole do sistema normativo, que integram e dominam a disciplina da Administração Pública, que constitui o objeto, por excelência, do direito administrativo⁴.

Havendo preceitos fundamentais que conferem identidade ao Direito Administrativo, vê-se então que ele é um ramo do Direito distinto dos demais, com regime jurídico de direito público próprio e que se articula com os outros ramos para garantir a consecução do ideário democrático do Estado. Vislumbrando o interesse público, ele permite a esse Estado sobrepor-se aos particulares através de sua função administrativa, a qual lhe impõe um poder-dever frente a esses administrados.

Constata-se, assim, que os princípios são importantes tanto na aplicação do Direito ao caso concreto como também em todas as relações em que o Estado esteja envolvido. Dessarte, para melhor entendimento do processo de ilicitude dos atos administrativos e, por conseguinte, o tema em exame, qual seja a Improbidade Administrativa. Antes de tudo, torna-se imprescindível estudar os princípios referentes à Administração Pública, por representarem a base jurídica na qual a atuação do Estado deve estar sedimentada e na qual deve direcionar seus atos.

4. PRADO, Francisco Octavio de Almeida. **Improbidade administrativa**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.48.

2.2 Princípio da moralidade

Os parâmetros de toda atividade estatal e da sua licitude são determinados pelos princípios administrativos contidos na Constituição, bem como pelas demais regras.

Acerca do conceito de imoralidade, frise-se que a doutrina aponta que ela esteve primeiramente relacionada ao Direito Civil, para depois ser introduzida no Direito Público⁵, acoplada à concepção de desvio de poder. Parte dos doutrinadores não aceita o princípio da moralidade por entender que ele já está inserido em outros, como o da legalidade e o da impessoalidade. No entanto, a maior doutrina afasta tal tese, sob o argumento de que o sistema jurídico brasileiro aponta diversos institutos em que esse dispositivo encontra-se expresso, sobretudo, na Constituição atual.

Por outro lado, muitos estudiosos fazem menção aos princípios da boa-fé e da lealdade quando abordam a moralidade administrativa por considerarem que ambos estão em completa simbiose. É o que podemos depreender dos ensinamentos de Bandeira de Mello:

Compreende-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e da boa fé, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesús González Perez em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e da boa fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos⁶.

Cumpra observar que o princípio da boa-fé encontra-se explícito tanto na Constituição, no seu artigo 231, § 6º⁷, quanto em diversas leis infraconstitucionais. É preceito intrínseco à lealdade e à moralidade administrativa, merecendo relevância, pois não há qualquer possibilidade do agente público agir de má fé e seu ato consubstanciar-se probo. Nesse particular, o bom administrador é tido como aquele que consegue atingir os interesses

5. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade Administrativa**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 152.

6. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 107.

7. Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

(...) § 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

públicos, utilizando meios legais para alcançar os objetivos delineados e obedecendo a lei, a qual deve balizar todas as suas ações. No momento em que ele fere valores como a lealdade, a hombridade, a honestidade, estará agindo de má-fé e, por conseguinte, afrontará o princípio da moralidade.

Os administrados esperam dos seus gestores afincos nas tarefas que devem exercer. Isso requer responsabilidade e lealdade ao corresponder às expectativas dos cidadãos, sem prejuízo à *res publica* e à confiança neles depositadas. No momento em que um ato cause lesão, torna-se de má-fé e passa a macular a performance do administrador, indo em desacerto com as premissas do Estado Democrático de Direito. Indubitavelmente, não é possível que esse gestor explique sua arbitrariedade evocando a boa-fé. Caso tenha extrapolado esse limite, o ato deve ser invalidado.

Anotamos o que assevera, ainda, o consagrado autor Celso Antônio Bandeira de Mello:

A administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição⁸.

Para esse estudioso, moralidade está relacionada ao cumprimento de valores éticos e sua violação traz consequências jurídicas aos agentes públicos. Outros doutrinadores a concebem como adequação aos fins dos interesses públicos; alguns como a ideia de um bom administrador, ou mesmo “à harmonia entre os fatos praticados e os valores principiológicos da atividade estatal”⁹. Vê-se que essas conceituações não são antagônicas, ao contrário, coadunam-se e se complementam.

Como se trata de um conceito abstrato, em que serão analisadas práticas destoantes de valores e princípios éticos, às vezes torna-se complicado perceber a imoralidade de determinados atos administrativos. Não há como enumerá-los exaustivamente, assim, fartas são as maneiras de cometê-los, bem como são diversos os mecanismos de ludibriá-los. Por conta dessa dificuldade, Odete Medauar entende que a imoralidade dos atos administrativos deve ser avaliada dentro de um contexto, vejamos:

8. MELLO, op. Cit., p. 107.

9. GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris Saraiva, 2008, p. 49.

Em geral, a percepção da imoralidade administrativa ocorre no enfoque contextual; ou melhor, ao se considerar o contexto em que a decisão foi ou será tomada. A decisão, de regra, destoa do contexto, e do conjunto de regras de conduta extraídas da disciplina geral norteadora da Administração¹⁰.

Percebe-se que esse conceito inova em um aspecto: admite que um ato pode ser legal, mas ao mesmo tempo imoral e, por via de consequência, não deve ser admitido. Por esse convincente pensamento denota-se que, se o gestor público agir de acordo com certa possibilidade prevista no preceito legal, mas esse ato é discrepante com a real e urgente necessidade dos indivíduos naquele momento, estaria da mesma forma fulminando a moralidade.

Incrementando esse juízo, vem Di Pietro:

O princípio da moralidade tem utilidade na medida em que diz respeito aos próprios meios de ação escolhidos pela Administração Pública. Muito mais do que em qualquer outro elemento do ato administrativo, a moral é identificável no seu objeto ou conteúdo, ou seja, no efeito jurídico imediato que o ato produz e que, na realidade, expressa o meio de atuação pelo qual opta a Administração para atingir cada uma de suas finalidades¹¹.

A autora defende que não é necessário analisar os aspectos subjetivos da intenção do agente para saber se o ato é imoral, pois, no momento que ele age, provoca resultados. Assim, o próprio conteúdo desse ato vai demonstrar se ele agiu em conformidade com os valores éticos esperados, em medida que conecta os meios ao fim a que se propõe a Administração¹². Dessarte, o ato só poderá ser válido se for ético, se for legítimo por estar em concordância com a chamada ética coletiva.

Constata-se então, que tal princípio é imprescindível para limitar também a discricionariedade administrativa e para a configuração da improbidade, não obstante outros princípios sejam observados, como preleciona Garcia e Alves:

Em que pese ser a observância ao princípio da moralidade um elemento de vital importância para a aferição da probidade, não é o único. Todos os atos dos agentes públicos devem observar a normatização existente, o que inclui toda a ordem de princípios, e não apenas o princípio da moralidade¹³.

10. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno. 10ª ed. rev., atual. e ampl.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 127.

11. DI PIETRO, op. Cit., p. 154.

12. Ibidem, p. 154.

13. GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco, op. Cit., p 47.

Apesar de alguns doutrinadores não aceitarem o princípio em comento, nota-se que a maioria enfatiza sua aplicação. Outrossim, vem o legislador acenando positivamente para esse anseio social, proibindo expressamente atos que ataquem a probidade, como se verifica no artigo 85, V, da Lei Fundamental¹⁴ que trata de hipótese de crime de responsabilidade praticado pelo presidente da República, no caso de atos de improbidade; no próprio artigo 37, § 4º da Constituição Federal¹⁵, que prevê sanção para os agentes públicos que praticarem tais atos; na própria Lei 8.429/92, que é um avanço nesse sentido; sem olvidar do artigo 5º, LXXIII da Carta de 1988¹⁶, que prevê a ação popular como mecanismo de anulação a ato que afronte à moralidade administrativa.

2.3 Princípio da Impessoalidade

Trata-se de um princípio novo que o legislador constituinte inseriu na Carta de 1988. Isso só se tornou possível por conta do Estado de Direito que separou a Administração Pública da pessoa de seu gestor. Está intrinsecamente relacionado aos princípios da moralidade e da igualdade, sobretudo, por exigir que o administrador público distancie-se de sua vontade própria, sendo neutro em suas decisões, visto que ele representa a coletividade e em benefício dela deve agir.

A atuação administrativa não deve fazer distinção entre os indivíduos, deve tratar a todos de forma igualitária, sem benefícios ou perseguições a determinados cidadãos.

14. Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

(...) V - a probidade na administração;

15. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...) § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

16. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

Há controvérsia na doutrina quanto à sua conceituação. Uns o aproximam ao princípio da igualdade, outros ao da finalidade e outros, ainda, afirmam que ele restringe a vontade do gestor. Entre os que acreditam que ele se equipara ao princípio da igualdade está Bandeira de Mello. Ele defende a tese de que esses dois institutos são um só, pois, se a lei deve ser imposta a todos de forma igualitária, também a Administração Pública tem essa obrigação, configurando-se assim no mesmo princípio da isonomia. É o que se depreende do seu postulado:

O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado explicitamente no art. 37, caput, da Constituição. Além disso, assim como “todos são iguais perante a lei” (art. 5º, caput), a fortiori teriam de sê-los perante a Administração¹⁷.

Por sua vez, Hely Lopes Meireles tem outro entendimento, aproximando o princípio em questão ao princípio da finalidade, afirmando que “O administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros”¹⁸. Filia-se a essa corrente José Afonso da Silva, o qual assegura que:

O princípio ou regra da impessoalidade da Administração Pública significa, por um lado, que as atuações administrativas se destinam a fins públicos e não a beneficiarem pessoas em particular e, por outro lado, que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário¹⁹.

Entendimento contrário tem Lúcia Valle que comunga do pensamento dos que asseguram que tais princípios estão aproximados, mas não são a mesma coisa. Ainda, que agindo com impessoalidade alcança-se a igualdade, podendo um desses princípios ser suplementar ao outro, mas nunca percebido como igual²⁰. Assim, ele serve para nortear os administradores públicos na consecução dos interesses da sociedade, impedindo que sejam desvirtuados de tais fins, vinculando suas ações à neutralidade que deve ser inerente à função pública e impossibilitando a prática de ações subjetivas. Agindo desse modo, os interesses públicos estariam sempre acima dos privados.

17. MELLO, op. Cit., p. 102.

18. MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 90.

19. SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 647.

20. FIGUEIREDO, op. Cit., p. 63-64.

Em que pese tais controvérsias, observa-se que esses princípios se complementam, pois todos dirigem a função administrativa estatal para a finalidade dos interesses da coletividade, desvinculada da pessoa do gestor público e, assim, impedindo que ele se utilize dessa função para privilegiar uns e menosprezar outros.

De seu turno, ainda sobre essa discussão, a professora Odete Medauar consegue ponderar tal divergência doutrinária de forma equilibrada, como se pode perceber na sua averbação:

Com o princípio da impessoalidade a Constituição visa a obstaculizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismo, favorecimento diversos, muito comum em licitações, concursos públicos, exercício do poder de polícia²¹.

A impessoalidade é um dever atribuído a todos os envolvidos com a Administração Pública na prestação dos serviços à coletividade. Com efeito, sem desmerecer o embate doutrinário, o mais importante é que todos esses entendimentos vislumbram um serviço estatal voltado para o interesse público, sem discriminações ou privilégios. Atingir o fim a que se destina é o desígnio inerente a todos os princípios constitucionais direcionados à Administração Pública, então, o seu gestor deve ter a ciência que ele foi investido numa função administrativa e que deve mantê-la afastada da sua pessoa, dos seus gostos e das suas convicções pessoais.

Conclui-se, assim, que através desse princípio autônomo é possível exercer a igualdade e efetivar as demandas sociais e, dessa forma, atender às outras imposições constitucionais. É um dos institutos fundamentais para a transparência da Administração e a consecução desse Estado Democrático de Direito que, às vezes, parece utópico.

2.4 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade visa à transparência dos atos praticados pela Administração Pública, permitindo que a sociedade tenha acesso a todas as informações inerentes à sua função administrativa. Ele está intrinsecamente relacionado com o princípio da moralidade. É uma novidade trazida também pela Lei Fundamental de 1988 que antes só era

21. MEDAUAR, op. Cit., p. 126.

encontrada na legislação infraconstitucional e tinha uma concepção diferente. Além do artigo 37, *caput*, ele se encontra direta ou indiretamente expresso em outros dispositivos constitucionais, como, por exemplo, o artigo 5º, incisos XXXIII; XXXIV, alínea “b”; LV etc.

A Administração deve tornar público todos os seus atos, excetos os limitados pela própria Constituição. Tal formulação tem o intuito de permitir o controle pelo povo e pelos órgãos credenciados, com o propósito de verificar se a finalidade pública está sendo observada e se os interesses públicos estão sendo considerados. Note-se o que Garcia e Alves apregoam sobre o assunto:

A publicidade haverá de ser ampla, sendo ilícitas as omissões ou incorreções eventualmente detectadas. O princípio, ademais, é de observância obrigatória por todos os entes da administração pública, direta ou indireta, de qualquer dos Poderes e de todas as esferas da Federação²².

Essa ponderação deixa evidenciado que esse princípio é muito abrangente e deve ser obedecido não só pelos gestores públicos, mas por todos aqueles que se relacionarem com a Administração Pública.

Saliente-se que o ordenamento jurídico brasileiro disponibiliza vários mecanismos de controle aos administrados, mas que na verdade só serão eficazes se eles conhecerem os atos praticados por seus representantes. Cabe a esse instituto dar transparência e permitir tal controle. Como os demais princípios administrativos, também só foi possível estabelecê-lo por conta do Estado Democrático de Direito. Vê-se, pois, que seu conceito alargou-se no decorrer da História até adquirir a conotação que tem hoje.

A publicidade engloba muito mais do que a divulgação do simples interesse estatal, propiciando que os atos administrativos saiam da clandestinidade e que se conheçam seus reais objetivos, suas motivações e as consequências que deles possam advir. Sendo uma conquista do Estado de Direito, não seria aceitável que os verdadeiros detentores do poder, o povo, não pudesse conhecê-los. Sobre o tema, Cármen Lúcia assevera:

A publicidade da Administração é que confere certeza às condutas estatais e segurança aos direitos individuais e políticos dos cidadãos. Sem ela, a ambigüidade

22. GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco, op. Cit., p. 54.

diante das práticas administrativas conduz à insegurança jurídica e à ruptura do elemento de confiança que o cidadão tem que depositar no Estado²³.

A referida doutrina considera o princípio informador do próprio Direito. Desse modo, não há como pensar em democracia sem tal instituto, sobretudo na representativa. Só é possível que o povo fiscalize aquilo que ele consegue enxergar, assim, trata-se de direito fundamental dos indivíduos.

A regra é a publicidade dos atos estatais, mas, tentando proteger os próprios indivíduos e a própria sociedade, a Lei Suprema atual estabeleceu algumas exceções, em que esse princípio pode ser mitigado. Há, no seu texto, algumas situações em que o sigilo é permitido: no seu artigo 5º, XXXIII, em casos de necessidade para assegurar a segurança nacional; no inciso X do mesmo artigo, preservando-se direitos fundamentais dos indivíduos e, ainda, quando o interesse público necessitar de tal segredo.

Esse princípio tem várias formas de ser efetivado, seja através da divulgação dos atos publicados pelos órgãos oficiais, seja apenas por deixá-los acessíveis ao público. Essa disponibilidade não deve ser momentânea, deve estabelecer-se de forma permanente ao público.

2.5 Princípio da eficiência

Esse princípio é o mais recente e moderno princípio Constitucional. Foi introduzido no artigo 37, *caput*, da Carta Magna, a partir da Emenda de Reforma Administrativa nº 19, de 04 de junho de 1998, dando ao usuário dos serviços públicos a possibilidade de participar ativamente na afirmação desse aprimoramento estatal, norteando a função administrativa. Tal reforma adequou o Estado brasileiro à nova ordem econômica advinda da democracia, ao neoliberalismo e à globalização.

Esse preceito já aparecia no nosso ordenamento jurídico em algumas leis infraconstitucionais, até por ser inerente ao Estado de Direito. O dever de eficiência, que carece ser cumprido pela Administração Pública já estava consagrado no Decreto Lei nº 200/67, o qual estipulava que as atividades do Executivo deveriam ser distinguidas por sua qualidade. Outrossim, o próprio texto da atual Constituição já trazia nos artigos 74, II, e 144,

23. ROCHA, op. Cit., p. 240.

§ 7º, entre outros, essa determinação. No entanto, o legislador achou necessário que ele também estivesse expresso na Carta Magna para que, junto com os demais princípios, alcançassem os propostos objetivos constitucionais, retificando, assim, uma possível falha dos constituintes originários.

Hely Lopes Meireles dá a seguinte definição desse princípio:

O que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros²⁴.

É fato que, sob o prisma da economia e da celeridade que permitem a execução de tais tarefas de forma eficiente, a atividade administrativa não pode estar dissociada da legalidade, princípio maior e intrínseco à Administração Pública. Essa deve buscar a qualidade dos seus serviços, utilizando-se de práticas lícitas, idôneas. Não suscita jamais que para isso a legalidade seja sacrificada, pois trata-se do instituto que delineia todo o ordenamento jurídico, dando-lhe segurança e vinculando todas as atuações dos indivíduos e, sobretudo, as do Estado. Ao contrário, urge ser interligado aos demais princípios. Corroborar com esse entendimento Alexandre de Moraes que tem o seguinte conceito do princípio em comento:

Aquele que impõe a Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia, e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir maior rentabilidade social²⁵.

Constata-se que tal dispositivo permite que esses serviços sejam proficientes e visem sempre ao melhor resultado que se possa alcançar, adequando a receita às despesas públicas sob a égide da legalidade. É o que ostenta Odete Medauar:

O vocábulo liga-se à idéia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso. Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que

24. MEIRELES, op. Cit., p. 102.

25. MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 90.

a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população²⁶.

Dessa forma, sendo efetivado nas práticas estatais, permitirá que o Estado torne-se mais competente na organização de sua estrutura, visando à finalidade que lhe é inerente e satisfazendo as necessidades da coletividade. Ainda, fará com que os gestores estatais cumpram suas obrigações com alta performance.

Esse princípio relaciona-se com vários outros harmonicamente para possibilitar o fim almejado na Lei Fundamental. É um mecanismo eficaz na luta contra a corrupção. Em que pesem as mudanças promovidas pela política neoliberal mundialmente, ele permite ao Estado brasileiro fazer as inovações necessárias para minimizar a burocracia e se modernizar, impedindo o corporativismo e o clientelismo existentes até hoje nos serviços públicos.

Alexandre de Moraes aponta características desse princípio, quais sejam:

Direcionamento de atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade neutralidade, transparência, participação, e aproximação dos serviços públicos da população, eficácias, desburocratização e busca de qualidade²⁷.

Saliente-se que a cidadania deve ser respeitada e isso requer bons e eficientes serviços públicos.

Por fim, a eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. Consiste na busca de resultados práticos de produtividade, de economicidade, com a consequente redução de desperdícios do dinheiro público.

2.6 Princípio da supremacia do interesse público

O princípio da supremacia do interesse público sedimentou-se a partir do final do século XVIII, início do século XIX, em contraposição ao individualismo jurídico, passando a enfocar o interesse comum, conforme ensina a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁸. Nesse período o Estado atravessou salientes mudanças: passou a intervir no âmbito

26. MEDAUAR, op. Cit., p. 126.

27. MORAES, op. Cit., p. 91.

28. DI PIETRO, op. Cit., p. 209.

econômico e social e aumentou o seu poder de polícia. Isso suscitou o surgimento de um Direito que tutelasse o bem-estar da coletividade. Dessa maneira, ele nasce para determinar que quando houver conflito entre um interesse particular e outro coletivo, a Administração Pública fará prevalecer o último.

Embora não esteja elencado expressamente no rol do artigo 37 da CF/88 e nem em outros dispositivos dessa Lei Fundamental, ele é uma das bases do Direito Público e está contido dentro dos preceitos do Estado Democrático. A doutrina o aponta como princípio implícito, no entanto, há quem o encontre expresso na lei, como se poderá ver adiante.

É inerente à Administração Pública a obediência à finalidade coletiva dos seus atos. Por isso parte da doutrina o denomina como princípio da finalidade. Apesar de implícito no texto constitucional atual, recebe as mesmas prerrogativas dos demais e é percebido pela doutrina como intrínseco a todos os outros princípios administrativos, inclusive o da legalidade. É o que assevera Bandeira de Mello:

O princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais que isto: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada²⁹.

Daí se aduz que o princípio em comento harmoniza-se também com o da legalidade, eis que a lei não será cumprida se não estiver em consonância com a finalidade pública. Portanto, sua inadequação comporta em explícito afrontamento ao princípio da supremacia do interesse público. Percebe-se, assim, que o interesse público antecede todos eles, pois é o que orienta toda a Administração Pública, já que seus atos estão vinculados a esse desígnio. Esse grande jurista ainda assinala que havendo desobediência à finalidade pública, haverá desvio de poder, o que enseja a nulidade do ato³⁰.

A doutrina aponta que esse instituto está intrinsecamente ligado ao princípio da indisponibilidade, o qual impede que o Estado o delegue a outrem por tratar-se de um dever que lhe é inerente. É o que se depreende do texto de Di Pietro:

Precisamente por não pode dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração tem o caráter de poder-

29. MELLO, op.Cit., p. 95.

30. Ibidem, p. 96.

dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão³¹.

Já Celso de Mello entende que esse princípio mostra-se enraizado na Constituição através do Princípio da Legalidade, no caput do artigo 37, e também implicitamente no dispositivo que prevê o Mandado de Segurança, artigo 5º, LXIX, CF/88, contra os abusos de poder cometidos justamente pelo desrespeito à finalidade do ato³². Já Alexandre de Moraes considera que se trata de princípio explícito, como se pode perceber a partir do enunciado:

Trata-se de um princípio constitucional explicado no já citado inciso IV do artigo 3, reforçando no caput do artigo 37, com a redação dada pela EC nº 19/98, uma vez que a idéia de preponderância do interesse público está interligada à eficiência da Administração Pública³³.

As aludidas ponderações mostram a importância desse princípio para o arcabouço jurídico administrativo, e por via de consequência, para a segurança jurídica, protegendo o Estado e as suas relações com os indivíduos. Dessarte, ele está tão intrínseco ao próprio conceito de legalidade dos atos administrativos e aos demais princípios que, no momento em que se releva a supremacia do interesse público, afronta-se a todos eles.

2.7 Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade

São princípios que possuem um valor significativo no nosso sistema jurídico, sobretudo nas relações estatais, muito embora não apareça enumerado na Constituição. Surge com o condão de nortear a interpretação das regras pelos aplicadores do Direito e na seara administrativa ainda exerce a função de ponderar os atos estatais. Também apareceu com o Estado de Direito, com o intuito de restringir o poder estatal, impedindo que sejam tomadas decisões danosas acima do que lhe seja aceitável.

Outrossim, percebe-se que, mesmo não estando expresso na Magna Carta, é de suma importância tanto na elaboração de leis quanto na atuação estatal. Não estando os atos em sua conformidade, devem ser anulados pelo Judiciário.

31. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 66.

32. MELLO, op.Cit., p. 97.

33. MORAES, op. Cit., p. 92.

Há alguns desacordos teóricos referentes a esses princípios. Alguns doutrinadores denominam razoabilidade e proporcionalidade como se fosse um único princípio, sendo um sinônimo do outro; outros os separam e lhes atribuem definições diferenciadas. Ainda, alguns outros relacionam o princípio da razoabilidade ao do devido processo legal e ao da isonomia; outra parte o aproxima ao da proporcionalidade. Não obstante haja opiniões distintas, o que importa é que todas chegam a um mesmo resultado: o de que o Estado deve avaliar qual a melhor decisão a ser tomada diante de determinado caso, e que ela seja a menos gravosa para o administrado. Acerca do princípio da razoabilidade, Di Pietro traça seu ponto de vista afirmando que, estando o referido princípio relacionado à proporcionalidade, deve balizar a tomada de decisão do gestor público e, relacionado ao devido processo legal, deve limitar a função administrativa. É o que se abstrai do enunciado:

Embora a linha de raciocínio possa ser um pouco diversa, o resultado final é o mesmo, pois o que se quer é que haja compatibilidade, relação, proporção entre as medidas impostas pelo Legislativo ou Executivo e os fins objetivados, de forma implícita ou explícita, pela Constituição ou pela lei. Há de se observar, contudo, que quando se associa a razoabilidade ao devido processo legal, o princípio se coloca mais como limite à discricionariedade na função legislativa; e quando se associa a razoabilidade com a proporcionalidade dos meios aos fins, o princípio se coloca mais como limite à discricionariedade administrativa³⁴.

Bandeira de Mello, por sua vez, faz a seguinte abordagem a esse princípio:

A Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida³⁵.

Assim, cabe ao gestor público agir de forma sensata e equilibrada, como agiria o chamado “homem médio”, ajustando a ação administrativa aos anseios sociais. Esse senso mediano é que deve direcionar a escolha da atitude mais adequada em determinada situação. Agindo de forma contrária, violará a própria lei. É por conta disso que esse princípio restringe a discricionariedade do administrador, que em algumas circunstâncias pode agir de acordo com a conveniência e a oportunidade, mas nunca fora da legalidade. Uma vez que foge a esse objetivo, esses atos não podem ter validade jurídica e se causarem lesão os responsáveis devem ser punidos.

34. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 205.

35. MELLO, op.Cit., p. 99.

O supracitado doutrinador afirma ainda que tal princípio é fundamentado nas mesmas bases teóricas que embasam o princípio da legalidade e da finalidade: os artigos 5º, II; 37 e 84, e o artigo 5º, LXIX, da CF/88. Acerca do princípio da proporcionalidade, o qual distingue da razoabilidade, Bandeira de Mello aponta que:

As competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade³⁶.

Constata-se que, ao agir com força desmedida para alcançar determinado resultado, ultrapassando os limites daquele ato além do que deveria, eiva-se de ilegalidade por cometer excesso que macula direitos, ou seja, deve-se verificar se a restrição a ser colidida com determinado direito está condizente com a exata medida que o Estado deve agir, sem ultrapassar o limite da legalidade de suas funções.

Vê-se que, quando houver conflitos de interesses, o Estado não deve sacrificar os direitos individuais de forma exarcebada, deve fazer uma ponderação justa entre eles. Finalizando, tais dispositivos não são mais do que institutos concretizadores dos direitos fundamentais e protetores da dignidade humana, capazes não só de controlar os atos vinculados, como também os discricionários. Impende à Administração buscar aplicar sempre os meios menos gravosos aos administrados na consecução do interesse público.

2.8 Princípios da legalidade

Trata-se de um dos princípios mais significativos do arcabouço jurídico pátrio. Embora a Lei fundamental de 1988 tenha estabelecido direitos e garantias fundamentais, além dos princípios norteadores da função administrativa, o que se vê na prática é que ainda há violação desses preceitos. O princípio da legalidade, infelizmente, não foge a esta regra. Isso certamente causa instabilidade social, pois sua lesão significa que direitos estão sendo tolhidos e, por conseguinte, que a finalidade pública não está sendo atingida. Não há qualquer

36. MELLO, op.Cit., p. 99.

possibilidade de se atender a interesse coletivo na iminência de lesão a direitos fundamentais, uma vez que isso contraria a própria norma.

O conceito de legalidade foi aprimorado com o desenvolvimento do Estado de Direito, chegando ao ápice na atual Carta Magna. Outrossim, não custa enaltecer que as leis foram criadas para normatizar o convívio social, sendo para isso positivadas juridicamente. No início eram imposições diretas dos soberanos sobre seus súditos. Com o decorrer da História, os administrados foram conquistando direitos e garantias, passando o gestor público a ter seu poder limitado e agindo como legítimo representante dos seus administrados.

Esse arcabouço jurídico de normas e princípios, atribui ao Estado o poder-dever de atingir o interesse coletivo, mas não o legitima a ultrapassar a barreira da legalidade. Infere-se, assim, que esse princípio é mecanismo limitador da atividade estatal. Essa prerrogativa do Estado de sobrepor-se aos particulares para atingir à finalidade da *res pública* não significa que pode cometer abusos. Caso isso ocorra, a própria legislação permite tanto a revogação quanto a anulação dos atos extrapoladores.

O cumprimento do princípio da legalidade ecoa como condição *sine qua non* da legitimidade estatal na sua função administrativa. A doutrina é pacífica ao entender que ao particular é possível fazer tudo o que não esteja proibido em lei, conforme o artigo 5º II, da CF/88. Entretanto, para a Administração só é possível fazer o que a lei expressar³⁷.

Não obstante a prescrição da legalidade como princípio jurídico a que todos devem obediência, como já comentado, o legislador ainda considerou necessário explicitá-lo no rol do caput do artigo 37 da Constituição Federal. É certo que todos esses princípios devem ser obedecidos concomitantemente para que o ato estatal tenha validade jurídica, mas não deve ter sido sem critérios que o legislador o repetiu.

Ele é, indubitavelmente, um mecanismo que protege as garantias individuais do homem frente aos possíveis desmandos da Administração Pública, como afirma Di Pietro:

Este princípio, juntamente com o de controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade³⁸.

37. MELLO, op.Cit., p. 93.

38. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 63.

Denota-se que ele exerce amplo poder de persuasão, impedindo que o gestor desempenhe a atividade estatal fora dos limites legais que lhe são impostos, sob responsabilização dos seus atos perante os órgãos competentes.

Odete Medauar considera que o princípio da legalidade é muito abrangente, pois obriga à Administração a seguir as próprias normas que edita, bem como os parâmetros definidos formalmente em lei e os valores da nossa estrutura jurídica a ela inerentes. É o que se depreende do texto:

A constituição de 1988 determina que todos os entes e órgãos da Administração obedeçam ao princípio da legalidade (caput do art. 37); a compreensão desse princípio deve abranger a observância da lei formal, votada pelo Legislativo, e também dos preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito, que é o modo de ser do Estado brasileiro, conforme reza o art. 1º, caput da Constituição; e, ainda, deve incluir a observância dos demais fundamentos e princípios de base constitucional. Além do mais, o princípio da legalidade obriga a Administração a cumprir normas que ela própria editou³⁹.

É através do princípio da legalidade que se permite verificar se o ato estatal está em conformidade com a lei, exigindo que a Administração Pública de todos os poderes operem *secundum legem*. Assim, constata-se que esse princípio é também garantístico do Estado Democrático vigente, vinculando o gestor público a cumprir as determinações legais que foram concebidas com o intuito de atender ao interesse social, compondo um dos institutos mais eficazes para o combate da improbidade administrativa. É por isso que o controle da constitucionalidade da lei, assim como o da sua aplicação, torna-se tão imprescindível.

39. MEDAUAR, op. Cit., p. 149-150.

3 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

3.1 Considerações iniciais

Sendo a improbidade administrativa uma das queixas mais frequentes da sociedade referente ao Poder Público, justifica-se seu estudo num capítulo específico para que seja possível analisar suas peculiaridades. Nesse diapasão, necessário se faz sopesar também a cultura da corrupção que satura de tal maneira esse país que atrofia o Estado, inviabilizando suas ações.

Foi tentando sucumbir essa prática que o legislador criou a propalada Lei de Improbidade (Lei 8.429/92), definindo, sobretudo, o conceito de ato de improbidade, seus sujeitos e sanções. Ela aponta os atos ímprobos como sendo os que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), causem dano ao erário (art. 10) ou contrariem os princípios da Administração Pública (art.11). Todavia, antes da edição desta Lei, vários outros dispositivos foram introduzidos no nosso ordenamento jurídico, os quais serviram de embasamento para que o legislador amadurecesse e procurasse meios mais eficazes de nortear a Administração Pública.

Vincular o Estado à legalidade dos seus atos é um dos mecanismos para obrigar o cumprimento da sua real função. Contudo, nenhum mecanismo de controle terá efetividade se não houver fiscalização dos órgãos competentes e, sobretudo, da própria sociedade, que deve exigir probidade e ética dos seus administradores e extirpar do Poder Público todos os agentes ímprobos.

3.2 Conceito de Improbidade Administrativa

A improbidade está intrinsicamente relacionada à ética, à moral, à probidade, à honestidade, ou seja, aos valores íntimos que perfazem a natureza humana e que direcionam suas ações. Por isso, a doutrina considera que conceituá-la não seja uma tarefa tão simples quanto pareça.

A ética e a moral são institutos norteadores do indivíduo, assim, é lógica a sua exigência também no comportamento do homem público, o qual é escolhido para gerir os interesses dos seus representados. José Antônio Lisboa Neiva pontifica sobre a definição etimológica de improbidade administrativa que:

No aspecto etimológico, improbidade derivaria do latim *improbitas*, expressão que significa má qualidade, imoralidade ou malícia. Isto nos leva a concluir que improbidade revelaria a qualidade do homem que não procede do bem, que age indignamente, porque não tem caráter. Improbidade seria o atributo daquele que é ímprobo, ou seja, aquele que é moralmente mau, violador das regras legais ou morais. Vincula-se, portanto, ao sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má índole⁴⁰.

José Armando da Costa acresce que:

Como infração de natureza disciplinar, a improbidade administrativa define-se como sendo a ação ou omissão, dolosa ou voluntária, praticada por agente público, que consistindo em ato de desonestidade, cause lesão ao erário, implique enriquecimento ilícito (com obtenção de qualquer vantagem patrimonial em razão da função pública que exerce) ou atente contra os princípios da Administração Pública⁴¹.

Se ímprobo é o agente desonesto, é preciso saber quando esse atributo pode se materializar no âmbito administrativo. Isso ocorre quando ele pratica atos de improbidade. Mas quais são esses atos? Sobre o tema, enfatize-se que, Mateus Bertoncini, no estudo da sua obra *Ato de Improbidade Administrativa*, esclarece que não se encontram publicações sobre essa denominação na doutrina alienígena, não sendo possível confrontá-los com o entendimento da nossa doutrina⁴². Ainda, que mesmo a Convenção Interamericana Contra a Corrupção dá uma conotação apenas criminal à corrupção, não especificando outros tipos de responsabilidade, como as cabíveis no nosso ordenamento jurídico - sob o teor do artigo 37, § 4º da Carta Maior. Eles são especificados somente no direito brasileiro, por isso, esse autor considera que esse artigo da Carta seja “*a regra matriz da Lei de Improbidade Administrativa, reservando-se à doutrina a tarefa de delimitar e conceituar o significado de ato de improbidade administrativa, a partir da linguagem normativa*”⁴³.

40. NEIVA, José Antonio Lisboa. **Improbidade Administrativa: Legislação Comentada Artigo por Artigo, Doutrina, Legislação e Jurisprudência**. Niterói: Impetus, 2009, p. 06.

41. COSTA, José Armando da. **Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa**. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 39.

42. BERTONCINI, Mateus. **Ato de Improbidade Administrativa: 15 Anos da Lei 8.429/1992**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 45.

43. Ibidem, p. 45.

Feita esta reflexão sobre o conceito de improbidade administrativa, torna-se preponderante estudar os elementos que constituem os atos ímprobos para poder diferenciá-los dos atos que são permitidos à atuação desses agentes, legalmente.

3.3 Elementos constitutivos do ato de improbidade administrativa

A doutrina leciona que o ato de improbidade administrativa é composto por alguns elementos. Assim sendo, a eloquente doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, manifestando-se sobre a matéria, pontifica que esse ato administrativo é constituído dos seguintes elementos: sujeito passivo, sujeito ativo, ato danoso expresso na lei e o elemento subjetivo do dolo ou culpa⁴⁴, os quais serão analisamos em seguida.

3.3.1 Sujeito Passivo

Entende-se por sujeito passivo dos atos de improbidade administrativa aquele que sofre os danos causados pelo agente, o detentor do direito. No entender de Garcia e Alves, é aquele “*titular do bem jurídico ameaçado ou violado pela conduta ilícita*”⁴⁵. Assim sendo, eles convencionam que o Estado sempre estará no pólo passivo formal, visto que ele sempre sofrerá efetivamente as consequências das ações ímprobas.

Acerca desse sujeito, o próprio artigo 1º da Lei de improbidade Administrativa aponta as entidades que podem estar no pólo passivo da demanda, sendo elas as pessoas jurídicas públicas e políticas, *in verbis*:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou

44. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 813.

45. GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco, op. Cit., p. 183.

custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta Lei⁴⁶.

Outrossim, o parágrafo único do mesmo artigo acrescenta outras entidades privadas que recebem incentivos públicos e exercem atividade de fomento e que, por isso, também podem ser sujeitos passivos. É o que se percebe no texto:

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou crédito, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.⁴⁷

Infere-se do dispositivo que estão relacionados amplamente no âmbito passivo da demanda, todos aqueles que desempenham atividades administrativas públicas, diretas ou indiretamente, ou mesmo aqueles que não fazem parte da Administração, mas que recebam subvenções ou incentivos estatais. Nesse ínterim, incluem-se também as entidades beneficentes que recebem incentivos ou estão inseridas em algum programa de governo que lhe destine verbas estatais para desempenhar atividades de finalidade comum. Depreende-se, ainda, que, o agente que pratica ato lesivo ao erário público, afrontando princípios administrativos, incidirá nas penalidades dispostas na referida lei sendo obrigado a ressarcir ao patrimônio na medida do dano que lhe foi causado.

Frise-se que todos os Poderes são abrangidos pela Lei, embora o Executivo esteja em maior evidência, justamente pela sua típica função administrativa.

A ilustre Di Pietro aduz que os sujeitos passivos da lei de improbidade são quase iguais aos da Lei nº 4.717/65 que trata da ação popular, porém seus objetos são distintos. Comenta que na Lei de Improbidade o objeto é a aplicação das sanções, aliada à devolução do erário público e o da ação popular é a anulação do ato danoso sem ressarcimento ao erário⁴⁸. Assim, afirma que a Lei de Improbidade, ao tentar estabelecer os mesmos sujeitos da lei de ação popular não modernizou sua redação, como o fez o legislador no texto constitucional e noutras normas infraconstitucionais. É o que pontifica:

46. BRASIL. **Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências, Brasília/DF, 02 de junho de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm> Acessado em 01 de novembro de 2013.

47. Ibidem.

48. DI PIETRO, op. Cit., p. 814.

A redação da norma legal não foi muito feliz; para acompanhar a redação da lei de ação popular, deixou de lado a fórmula hoje já utilizada na Constituição e em leis infraconstitucionais, de “empresas sob controle direto ou indireto do poder público”. É evidente que se a empresa privada incorporada pelo Estado ou se este contribui com mais de 50% para a formação de seu patrimônio, a mesma está sob o controle estatal, ainda que não se enquadre como sociedade de economia mista ou empresa pública⁴⁹.

Como a Lei de Improbidade é extensiva e o leque de sujeitos passivos traz certas peculiaridades e divergências, Garcia e Alves fazem algumas ponderações e esclarecimentos acerca dos sindicatos, Conselhos de Fiscalização do Exercício Profissional, Partidos Políticos, Terceiro Setor e Consórcios Públicos, especificamente, por representarem os principais pontos controvertidos. Eles afirmam que esses entes são abarcados pela referida Lei sempre que recebem recursos públicos, estando seus diretores sujeitos à Lei de Improbidade e respondendo pelos eventuais danos causados⁵⁰.

3.3.2 Sujeito Ativo

A Lei de Improbidade define os sujeitos ativos na prática dos ilícitos contra o erário comum também nos seus primeiros artigos. Essa concepção alargou o conceito de agente público, visto que não sopesou somente a função do agente, mas também a sua relação com os sujeitos passivos da Lei, por estarem intrinsecamente ligados.

Acerca dos servidores públicos a lei compreende não só os estatutários como também os celetistas e os ocupantes de cargos comissionados, assim, evidencia-se que, independe do tipo de ocupação, se efetiva, vitalícia ou estatutária. Da mesma maneira, é insignificante o tipo de regime, eis que envolve todos que estejam servindo ao Estado em qualquer das esferas ou escalões, independente se o âmbito é federal, estadual, distrital, territorial ou municipal. Ressalte-se, ainda, que a modalidade remuneratória, bem como o tempo de serviço, são fatores irrelevantes para tal configuração. Referente aos militares, José Armando da Costa avalia que esses agentes também podem ser sujeitos ativos na ação de improbidade⁵¹.

49. Ibidem, p. 814.

50. GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco, op. Cit., p. 187.

51. COSTA, op. Cit., p. 26.

No que se reporta ao tema, Di Pietro aponta quatro modalidades de agentes públicos:

a) os agentes políticos (parlamentares de todos os níveis, Chefes do Executivo Federal, estadual e municipal, Ministros e Secretários dos Estados e dos Municípios); (b) os servidores públicos (pessoas com vínculo empregatício, estatutário ou contratual, com o Estado); e (c) os militares (que também tem vínculo estatutário, embora referidos na Constituição fora da seção referente aos servidores públicos); e (d) os particulares em colaboração com o Poder público (que atuam sem vínculo de emprego, mediante delegação, requisição ou espontaneamente)⁵².

Dessarte, estão inseridos nesse rol todos aqueles que executam tarefas em qualquer dos poderes constituídos, seja na administração direta ou indireta, como também aqueles que prestam serviços em entidades que recebam verbas públicas, possuindo, assim, vínculo com a *res publica*.

Garcia e Alves ratificam:

Trata-se de conceito amplo que abrange os membros de todos os Poderes, qualquer que seja a atividade desempenhada, bem como os particulares que atuem em entidades que recebam verbas públicas, podendo ser subdividido nas seguintes categorias: agentes políticos, agentes particulares colaboradores, servidores públicos e agentes meramente particulares⁵³.

Pelo dispositivo legal, constata-se que ela engloba, inclusive, particulares que concorram de alguma forma para a consecução do ato ímprobo, como está evidenciado no artigo 3º da norma. Denota-se que esses sujeitos não necessitam ter vínculo direto com a Administração, basta que, de alguma maneira, prestem serviço a ela, mesmo que seja de forma transitória ou gratuita.

Ainda sobre os particulares, pode-se entender que a regra é que empresas com regime jurídico de direito privado são reguladas pelo direito privado, porém, elas podem ser alcançadas pela Lei de Improbidade, desde que recebam qualquer auxílio do erário público. Isso ensejaria fiscalização e controle dos órgãos competentes, por conseguinte, seus empregados também respondem por atos que atentem contra o patrimônio Público. Evidencia-se, desta forma, que há uma amplitude dos possíveis sujeitos ativos nessa demanda, pressupondo que o vínculo desse agente com a empresa configurada como sujeito passivo, é fator preponderante para ser encaixado nessa legislação.

É o que se aduz dos quatro casos possíveis apontados por Emerson Garcia:

52. DI PIETRO, op. Cit., p. 815.

53. GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco, op. Cit., p. 207.

a) empresa incorporada ao patrimônio público; b) entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual; c) entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual; d) entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público⁵⁴.

Depreende-se, então, que basta que esse particular exerça sua atividade em alguma empresa beneficiada com o erário público, que estará adstrito também à legislação administrativista, porquanto, deverá agir com lisura e probidade.

José Antônio Lisboa Neiva discorre sobre a particularidade quando esse terceiro tem um benefício indireto. Salienta que é condição inafastável que esse terceiro tenha conhecimento da irregularidade e aja de forma dolosa ou, excepcionalmente, com culpa grave na hipótese do artigo 10 da Lei de Improbidade. Se não houver culpa ou dolo, o doutrinador pontua que sua responsabilidade deve ser apenas devolver o benefício, pois do contrário afrontaria a Constituição⁵⁵.

Atinente aos agentes políticos, a ilustre Di Pietro concatena com o pensamento dos que entendem que eles estão inseridos na categoria agente público - assim como os servidores públicos e os particulares em colaboração com o Poder Público – mas devem ser abrangidos de forma limitada⁵⁶. Todavia, esta opinião não é pacífica no sistema jurídico nacional.

3.3.3 Agentes Políticos

Na visão do jurista Bandeira de Mello, o conceito de agentes políticos é bastante restrito, excluindo os membros do Judiciário. É o que se pode aferir do texto:

Agentes políticos são os titulares de cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes

54. GARCIA, Emerson. **Sujeitos dos atos de improbidade: reflexões**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 715, 20 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6912>>. Acesso em: 1 dez. 2013.

55. NEIVA, op. Cit., p. 38.

56. DI PIETRO, op. Cit., p. 818.

do executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e Vereadores⁵⁷.

Já Di Pietro, comungando com a visão mais restrita de Bandeira de Mello, assevera que o entendimento desse eminente administrativista é o mais cabível, por fazer correlação entre o agente político e à idéia de governo e de função pública. Dessa forma, ela deve ser aplicada com algumas ressalvas, assim, não se aplica aos parlamentares a penalidade de perda de função pública, a qual enseja perda do mandato, por determinação constitucional do artigo 55 que aduz competência às suas devidas Casas. Por outro lado, eles podem ter seus direitos políticos suspensos na prática de atos de improbidade administrativa, conforme preceitua o artigo. 15, V, da CF. Assim, sofrerá a sanção imposta no artigo 55, § 3º, da CF, qual seja a perda ou suspensão de direitos políticos, sendo declarada pela respectiva Mesa da Casa Legislativa de que ele for membro, mas não são abrangidos pela Lei de Improbidade nos crimes de opinião⁵⁸. Entretanto, no concernente à imunidade parlamentar estabelecida na Constituição, frise-se que somente os senadores, deputados federais e estaduais a possuem, restando excluídos os vereadores⁵⁹. Contudo, como essa imunidade está relacionada à responsabilidade criminal e a improbidade administrativa não se constitui crime, a aclamada doutrinadora leciona que eles também são atingidos e podem ter seus direitos políticos suspensos, quando afirma que:

Nada impede que se imponha a pena de suspensão dos direitos políticos ao Deputado Federal ou ao Senador, em ação civil por improbidade administrativa. Nesse caso, a perda do mandato será “declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa”⁶⁰, (conforme art. 55, § 3º, da Constituição).

Para Emerson Garcia, apesar das discrepâncias teóricas existentes, não há qualquer dúvida que os agentes políticos detentores de mandato, estejam sujeitos ao cumprimento da comentada Lei e sofrem suas penalizações. O fato de ocuparem tais cargos seria condição mais que suficiente para obedecerem todas as leis concernentes à Administração. Não seria realmente plausível que parlamentares, governadores e prefeitos estivessem excluídos. É o que ele afirma no seguinte trecho de seu artigo *Sujeitos do Ato de Improbidade*:

57. MELLO, op.Cit., p. 229.

58. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 816.

59. Ibidem, p. 816.

60. Ibidem, p. 816.

Afigura-se indubitável, no entanto, que os detentores de mandato político (Parlamentar, Governador, Prefeito etc.) devem observar os princípios estatuídos no art. 37 da Constituição, pois não seria razoável sustentar que esse preceito, o que inclui o seu parágrafo quarto, somente seria aplicável aos demais servidores públicos. Estes possuem disciplina autônoma nos arts. 39 e ss da Constituição da República, não sendo demais lembrar que muitos dos detentores de mandato político ocupam o mais alto grau hierárquico do Poder Executivo, qualquer que seja o ente da Federação, o que os erige à condição de principais destinatários das normas que disciplinam a administração pública e que definem os atos de improbidade.⁶¹

Para ratificar a tese em comento, sabiamente, esse doutrinador aduz que:

Não se pode perder de vista que a própria Constituição fala, separadamente, em "atos de improbidade" e em "crimes de responsabilidade", remetendo a sua definição para a legislação infraconstitucional. Como se constata, por imperativo constitucional, as figuras coexistem. Além disso, como ensejam sanções diversas, a serem aplicadas em esferas distintas (jurisdicional e política), não se pode falar, sequer, em bis in idem.⁶²

Outra peculiaridade acerca da abrangência do conceito de agentes políticos encontra-se disposta no artigo 52 da Carta Magna. Refere-se à competência do Senado, *in verbis*:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I – processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade⁶³.

À guisa de conceber esse entendimento, Di Pietro afirma que:

São, portanto, agentes políticos, no direito brasileiro, porque exercem típicas atividades de governo e exercem mandato, para o qual são eleitos, apenas os Chefes dos Poderes Executivos federal, estadual e municipal, os Ministros e Secretários de

61. GARCIA, Emerson. **Sujeitos dos atos de improbidade: reflexões**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 715, 20 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6912>>. Acesso em: 1 dez. 2013.

62. GARCIA, Emerson. **Combate à corrupção no Brasil**. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos905/o-combate-corrupcao/o-combate-corrupcao2.shtml>>. Acesso em: 1 dez. 2013.

63. Vade Mecum / obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. – 12ª ed. Atual. E ampl. - São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31

Estado, além de Senadores, Deputados e Vereadores. A forma de investidura é a eleição, salvo para Ministros e Secretários, que são livre escolha do Chefe do Executivo e providos em cargos públicos mediante nomeação⁶⁴.

Ressalte-se que a eminente doutrinadora, quando aborda acerca da Improbidade Administrativa, na mesma obra, deixa claro que o Judiciário, o Ministério público e o Tribunal de Contas são sujeitos ativos dos atos de improbidade, “*sejam eles considerados servidores públicos, como querem alguns, ou agentes políticos, como preferem outros*”⁶⁵. Infere-se, daí, que esses agentes também postulam como sujeitos praticantes de atos ímprobos, respondendo pela lei em epígrafe.

No que pese os argumentos desses nobres doutrinadores, pelo que ora é percebido, parte considerável da doutrina comunga do entendimento de que tanto os membros da Magistratura quanto os do Ministério Público, assim como os do Tribunal de Contas, devem se enquadrar no conceito de agentes políticos, embora tenham prerrogativas constitucionais próprias e independência funcional, o que possibilita desempenhar suas atividades com maior liberdade do que os demais. Entretanto, podem tomar decisões políticas e, agindo fora das suas prerrogativas, devem estar subordinados aos ditames da Lei de Improbidade.

3.3.4 - Ato danoso expresso na lei

Denota-se dos tópicos anteriores que alguns estudiosos defendem que a exigência de ato danoso para configuração do ato de improbidade é uma determinação da Lei de Improbidade. Contudo, vale ressaltar que esse ato não significa o mesmo que ato administrativo, tendo em vista que ele é muito mais abrangente por estar relacionado também a uma omissão ou, simplesmente, à uma conduta do agente no exercício de uma função pública. Pode ser praticado por terceiro em conluio com algum agente público, de qualquer sorte, deve causar dano ao Poder Público.

Parte da doutrina assevera que esse dano não se restringe ao patrimonial, pois pode a Administração Pública sofrer ainda dano moral. Esse é um ponto controverso, pois ainda não há acordo unânime quanto a esta espécie de dano na seara administrativa. Todavia,

64. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 512.

65. Ibidem, p. 815.

parte considerável dos administrativistas admite esta natureza do dano. É o que preceitua Di Pietro, analisando o artigo 21, I, da comentada Lei:

O que quis dizer o legislador, com a norma do artigo 21, I, é que as sanções podem ser aplicadas mesmo que não ocorra dano ao patrimônio econômico. É exatamente o que ocorre ou pode ocorrer com os atos de improbidade previstos no artigo 11, por atentado aos princípios da Administração Pública. A autoridade pode, por exemplo, praticar ato visando a fim proibido em lei ou diverso daquele previsto na regra de competência (inciso I do art. 11); esse ato pode não resultar em qualquer prejuízo para o patrimônio público, mas ainda assim constituir ato de improbidade, porque fere o patrimônio moral da instituição, que abrange as idéias de honestidade, boa-fé, lealdade, imparcialidade⁶⁶.

Desta forma, percebe-se que, assim como as pessoas jurídicas de direito privado, o dano causado à Administração fere sua integridade, seus valores e princípios já consubstanciados de tal sorte que acaba prejudicando a credibilidade e reputação dos seus órgãos, ferindo sua imagem perante seus administrados.

Entre os que defendem a idéia de que o Estado não pode sofrer dano moral, está o argumento de que sua integridade não é inviolável por não se ajustar ao artigo 5º, X da Constituição Federal que preconiza que a vida privada e a imagem das pessoas são invioláveis, e, caso haja tal abuso, deprecia indenização por danos morais. Assim, afirmam que esse dispositivo abrange somente as pessoas e empresas privadas, não estando o Estado agasalhado pela Constituição nesse aspecto e excetua a Administração Indireta, justamente por competir igualmente com as empresas privadas, podendo ter sua imagem desgastada e sofrer danos morais que afetem seu patrimônio. É o que defende, entre outros, Almiro do Couto e Silva:

Bem se compreende, portanto, que entre as pessoas cuja honra e imagem são declaradas invioláveis pela Constituição não se inclui o Estado. A ele não se aplica o inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, o qual tem como destinatários, exclusivamente, as pessoas privadas. No concernente ao Estado, por via de consequência, a crítica é livre, porque é livre a expressão do pensamento. Não há que se falar, igualmente, em dano moral, pois a honra e a imagem do Estado não estão protegidas pela Constituição⁶⁷.

66. Ibidem, p. 822.

67. SILVA, Almiro do Couto e. Notas sobre o dano moral no Direito Administrativo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Abril, maio, junho de 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-ALMIRO%20COUTO.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

Visto que, conforme a Súmula 227 do STJ: “*a pessoa jurídica pode sofrer dano moral*”⁶⁸ e que o agente público pode causar prejuízo ao erário de ordem patrimonial ou não, parece mais coerente a tese defendida pela distinta doutrinadora Di Pietro, pois não se pode esquecer que o legislador vislumbrou a moralidade administrativa e a proteção do erário com a edição da referida Lei. Assim, todo e qualquer ato ou conduta que cause dano ao Estado, mesmo que esse não seja patrimonial, deve ser observado.

3.3.5 - O elemento subjetivo do dolo ou culpa

Acerca do elemento subjetivo do dolo ou culpa, a doutrina entende que deve ser analisada a vontade do agente ao praticar o ato de improbidade, pois a responsabilidade objetiva só deve ser aceita nos casos previstos em lei, sendo que a responsabilidade desse agente é sempre subjetiva, o que exige a demonstração de dolo ou culpa.

Na jurisprudência não há entendimento pacífico desse elemento subjetivo no concernente ao ato de improbidade, pois alguns consideram ser imprescindível o elemento do dolo ou da culpa para a prática desse ato, enquanto outros defendem somente ser necessário a não observância do princípio da legalidade. No entanto, Di Pietro aduz que, “*sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades*”⁶⁹, o que parece ser o mais sensato, tendo em vista que qualquer malefício ao Estado deve ser punido, contudo, a intenção do sujeito deve ser analisada para que seja evitada a injustiça.

68. Vade Mecum Saraiva, op.Cit., p. 1826.

69. DI PIETRO, op.Cit., p. 824.

4. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

4.1 Considerações iniciais

Por se apresentar como o objeto central do presente estudo, o princípio da insignificância faz jus a um exame específico apartado dos demais princípios afetos ao Direito Administrativo, os quais foram analisados em capítulo supra.

Alguns doutrinadores defendem que o princípio da insignificância teve sua origem no Direito Romano e tem cunho civilista, com base no brocardo *minimis non curat praetor* que significa que o pretor não cuida de coisas mínimas, ou, por assim dizer, o Direito não deveria se preocupar com fatos considerados irrelevantes. Outros, entretanto, creditam a origem do referido princípio às crises sociais ocorridas na Alemanha advindas das duas grandes guerras mundiais que acarretaram na constante ocorrência de crimes de bagatela.

Todavia, a formação científica do princípio da insignificância remonta à Claus Roxin⁷⁰, na Alemanha, em 1964, momento em que o citado princípio passou a ganhar relevância no cenário jurídico.

4.2 O princípio da insignificância

Ressalte-se que insignificante é tudo aquilo que não tem valor, que é sem importância ou relevância. Assim, para o Direito Penal, a conduta insignificante é aquela totalmente inofensiva ou incapaz de lesar o bem jurídico tutelado pelo Estado, resultando, desproporcional, a intervenção penal⁷¹.

70. Segundo Cezar Roberto Bitencourt "O princípio da insignificância foi cunhado pela primeira vez por Claus Roxin em 1964, que voltou a repeti-lo em sua obra Política Criminal y Sistema Del Derecho Penal, partindo do velho adágio latino *minima non curat praetor*" (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 51).

71. É o pensamento de Luiz Flávio Gomes que leciona que o "Conceito de infração bagatela: infração bagatela ou delito de bagatela ou crime insignificante expressa o fato de ninharia, de pouca relevância (ou seja: insignificante). Em outras palavras, é uma conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a (ou não necessita da) intervenção penal. Resulta desproporcional a intervenção penal nesse caso. O fato insignificante, destarte, deve ficar reservado para outras áreas do Direito (civil, administrativo, trabalhista etc.). Não se justifica a incidência do Direito Penal (com todas as suas pesadas armas sancionatórias) sobre o fato

Nesse contexto, o princípio da insignificância tem como propósito excluir a tipicidade de uma conduta que, em razão de ínfima lesão ao bem jurídico tutelado e em decorrência da baixa reprovabilidade, torna-se insignificante. Desse modo, as ações ou omissões que afetem ínfimamente a um bem jurídico protegido devem ser tidas como atípicas.

Nesse sentido, Fernando Capez salienta que:

Se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico, sempre que a lesão for insignificante, a ponto de se tornar incapaz de lesar o interesse protegido, não haverá adequação típica. É que no tipo não estão descritas condutas incapazes de ofender o bem tutelado, razão pela qual os danos de nenhuma monta devem ser considerados fatos atípicos⁷².

Em harmonia com essa ideia, Luiz Regis Prado instrui que “*A irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir-se a tipicidade da conduta em caso de danos de pouca importância*”⁷³.

4.3 O princípio da insignificância e o Direito Penal brasileiro

A priori, insta esclarecer que não há nenhum instrumento legislativo ordinário ou constitucional que defina ou acate formalmente o princípio da insignificância no ordenamento jurídico nacional. Esse princípio é, em verdade, uma criação doutrinária, que passou a ganhar importância no cenário jurídico após a Constituição Federal de 1988.

O Brasil aderiu ao Estado Democrático de Direito e deixou para trás o antigo modelo político constitucional baseado no Estado de Direito. As leis, além de garantir igualdade formal de todos perante sua autoridade, passaram a conter conteúdo e adequação social, fundamentados no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que é princípio basilar da Constituição atual pátria, destacado em seu artigo 1º, inciso III⁷⁴.

verdadeiramente insignificante” (GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, v. 1. p. 15).

72. CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120)**, 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 11.

73. PRADO, Luiz Regis, **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral, art. 1º a 120**, 9. ed. rev. e atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 157

74. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...] III - a dignidade da pessoa humana;

Nesse contexto, a Constituição é fundamento de validade de todo o sistema infraconstitucional, atuando como filtro de todos os ramos do direito, obrigando a compatibilidade entre as leis infraconstitucionais e a Lei Maior. Logo, somente o direito aplicado ao caso concreto que for compatível com a dignidade da pessoa humana será legal e constitucional. Os demais devem ser desconsiderados.

Também o Direito Penal, na esteira dessa nova perspectiva, sofreu influência de princípios derivados diretamente da dignidade humana⁷⁵, como por exemplo, os princípios da legalidade, alteridade, confiança, adequação social, intervenção mínima, proporcionalidade, humanidade, necessidade, ofensividade e insignificância.

As infrações penais, antes da nova constituição, regiam-se pela adequação fato-norma, e se restringiam a essa subsunção típica. Com a influência dos novos princípios supracitados, em especial o princípio da dignidade humana, a infração penal passou a considerar um novo elemento, qual seja, o elemento material.

Dessa forma, a tipicidade meramente formal se tornou insuficiente para a configuração de uma infração penal. O fato para ser denominado como infração penal, deve estar previsto em lei como tal e deve, também, colocar em real perigo os bens jurídicos mais importantes e relevantes da sociedade.

Importante salientar que a intervenção da lei penal só poderá ocorrer quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade – como *ultima ratio legis* -, ficando reduzida a um mínimo imprescindível⁷⁶. É o que se depreende do princípio da intervenção mínima⁷⁷ e da fragmentariedade⁷⁸, importantes orientadores das bases do Direito Penal.

75. É o que assinala Fernando Capez ao tratar do Direito Penal: “Podemos, então, afirmar que do Estado Democrático de Direito parte o princípio da dignidade humana, orientando toda a formação do Direito Penal. Qualquer construção típica, cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana, será materialmente inconstitucional, posto que atentatória ao próprio fundamento da existência de nosso Estado”.(CAPEZ, Fernando. op. Cit., p. 7).

76. PRADO, Luiz Regis, op. Cit., p. 148.

77. “O princípio da *intervenção mínima* ou da subsidiariedade decorre das ideias de necessidade e de utilidade da intervenção penal [...] estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegido de forma menos gravosa. Isso porque a sanção penal reveste-se de especial gravidade, acabando por impor as mais sérias restrições aos direitos fundamentais” (Ibidem, p. 148).

78. “Já pelo postulado da fragmentariedade ou essencialidade, corolário do primeiro, tem-se que a função maior de proteção de bens jurídicos atribuída à lei penal não é absoluta, mas sim relativa, visto que todo ordenamento jurídico dela se ocupa. O que faz com que só devam eles ser defendidos penalmente ante certas formas de agressão, consideradas socialmente intoleráveis. Isso quer dizer que apenas as ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos podem ser objeto de criminalização” (Ibidem, p. 148).

Assim, o Direito Penal só deverá atuar para defender relevantes lesões aos valores por ele elencados, o que significa que se não ocorrer de fato nenhuma lesão ou risco sério de lesão a esses bens, ele não deve operar.

É nesse ponto que nasce o princípio da insignificância, prevendo como atípica uma infração penal formalmente válida que não traga lesão ou risco de lesão a um bem jurídico tutelado no âmbito penal. O ato com lesividade insignificante, embora revesta-se de atributos que caracterizam uma tipicidade formal, qual seja, a pura descrição formal do tipo, não configura a tipicidade material, posto que o bem tutelado não foi efetivamente lesado, ou, ao menos, lesado a ponto de se justificar a judicialização e sanção penal.

Em vista disso, o princípio da insignificância funciona como causa de exclusão da tipicidade⁷⁹, mais especificamente, da tipicidade material, de uma ação ou omissão formalmente típica, pela inexistência de lesão ou risco de lesão, a um bem jurídico penalmente relevante.

Notadamente, o princípio da insignificância tem elevado sua aplicação no cenário jurídico penal brasileiro como causa excludente de tipicidade dos crimes de bagatela. Contudo, como já visto, ele não está tipificado em nenhum normativo legal, mas seu emprego está amparado pela doutrina e jurisprudência.

Dessarte, mister se faz acompanhar atentamente aos julgados dos principais Tribunais brasileiros, vez que a posição adotada por esses tem fundamental importância e influência no cenário jurídico, pois o movimento decisório constante e uniforme sobre determinado ponto do Direito, acabam por assentar entendimento e embasar juízes na interpretação e aplicação das normas.

Assim, no que se refere ao enfrentamento da tese de defesa sustentada pelo princípio da insignificância, tanto os doutrinadores como a jurisprudência brasileira, de forma majoritária, entende pela aplicação do mencionado princípio.

Todavia, o princípio da insignificância não pode ser aplicado no plano abstrato, em razão da ausência de previsão legal, devendo ser aplicado de acordo com o caso concreto. Os critérios para sua aplicação exigem análise de cada caso especificadamente. Nesse sentido, dispõe Fernando Capez:

79. “[...] é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob ponto de vista formal, não apresenta nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado” (BITENCOURT, op. Cit., p. 21).

O princípio da insignificância não é aplicado no plano abstrato. Não se pode, por exemplo, afirmar que todas contravenções penais são insignificantes, pois, dependendo do caso concreto, isto não se pode revelar verdadeiro. Andar pelas ruas armado com uma faca é um fato contravençional que não pode ser considerado insignificante. São de menor potencial ofensivo, submetem-se ao procedimento sumaríssimo, beneficiando-se de institutos despenalizadores (transação penal, suspensão condicional do processo etc.), mas não, a priori, insignificantes⁸⁰.

Extrai-se, portanto, que não é porque um fato configura uma infração penal de menor potencial ofensivo que incidirá, necessariamente, o princípio da insignificância.

Dito isto, é imprescindível para correta utilização desse princípio, analisar todas as especificidades do caso concreto. Critérios claros são necessários para operar esse instrumento, pois inconcebível seria deixar a mercê de elementos subjetivos de quem julga. Sendo assim, vetores objetivos são elencados pela doutrina e jurisprudência para que se possa excluir a tipicidade material.

Nesse passo, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), por ambas as turmas, vêm aplicando o Princípio da Insignificância quando em sua análise constatarem que estão presentes de forma cumulativa, quatro requisitos principais, quais sejam: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. Segundo entendimento dos referidos Tribunais, somente quando preenchidos tais requisitos é que se poderia reconhecer a atipicidade material, o que atestaria uma ofensa pouco relevante ao bem jurídico tutelado.

Nesse sentido, em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, verifica-se a adoção dos quatro requisitos acima citados, conforme se vê no seguinte acórdão:

E M E N T A: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL – CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE DESCAMINHO (CP, ART. 334, "CAPUT", SEGUNDA PARTE) - TRIBUTOS ADUANEIROS SUPOSTAMENTE DEVIDOS NO VALOR DE R\$ 8.135,12 - DOUTRINA – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais

80. CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 12.

como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO DELITO DE DESCAMINHO. - O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. Aplicabilidade do postulado da insignificância ao delito de descaminho (CP, art. 334), considerado, para tanto, o inexpressivo valor do tributo sobre comércio exterior supostamente não recolhido. Precedentes. (STF, HC 100316/SC. Rel. Min. CELSO DE MELLO, 15.12.2009).

O Superior Tribunal de Justiça, de forma análoga ao Supremo Tribunal Federal, também reconhece esses quatro requisitos como imprescindíveis:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO. INEXPRESSIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO. RECURSO IMPROVIDO. 1. O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima. 2. Indiscutível a sua relevância, na medida em que exclui da incidência da norma penal aquelas condutas cujo desvalor da ação e/ou do resultado (dependendo do tipo de injusto a ser considerado) impliquem uma ínfima afetação ao bem jurídico. 3. A tentativa de subtrair a quantia em dinheiro de R\$ 62,00, embora se amolde à definição jurídica do crime de furto tentado, não ultrapassa o exame da tipicidade material, mostrando-se desproporcional a imposição de pena privativa de liberdade, uma vez que a ofensividade da conduta se mostrou mínima; não houve nenhuma periculosidade social da ação; a reprovabilidade do comportamento foi de grau reduzidíssimo e a lesão ao bem jurídico se revelou inexpressiva. 4. Recurso especial improvido. (STJ, Resp 1168502/SP. Min. Rel. ARNALDO ESTEVES LIMA. 02.02.2010)

Para melhor entendimento sobre os requisitos exigidos pelo STF e STJ para a aplicação desse princípio, necessário se faz um maior esclarecimento, conforme descrito abaixo:

- a) A mínima ofensividade da conduta do agente - esse deve atuar de maneira inofensiva, a conduta deve ser incapaz de causar ofensa à integridade física ou moral da vítima e/ou da sociedade;
- b) A nenhuma periculosidade social da ação - a ausência de risco social – a atuação do agente deve ser de forma que não acarrete perigo para os demais, sem violência ou grave ameaça;
- c) Reduzido grau de reprovabilidade do comportamento - a insignificância só deve ser aplicada nos casos de crimes irrelevantes, que não causam repugnância na sociedade, crimes cuja reprovação seja mínima em virtude de sua infimidade;
- d) A inexpressividade da lesão jurídica provocada - A inexpressividade da lesão ou do perigo de lesão causado no bem jurídico tutelado é a essência do princípio. A lesão ou o perigo de lesão causado deve ser inexpressivo o suficiente para não causar prejuízos à vítima e/ou à sociedade.

Como se demonstrou, a aplicação do princípio em comento é uma realidade, ganhando mais espaço a cada dia, e possui contornos objetivos com a consolidação de seus requisitos pelos Tribunais. Tanto é assim que vários são os julgados que o empregam. Entretanto, não se observa um rol específico ou taxativo de delitos cingidos, é o que se verifica nos ensinamentos do professor Damásio:

Esse princípio tem sido adotado pela nossa jurisprudência nos casos de furto de objeto material insignificante, lesão insignificante ao Fisco, maus-tratos de importância mínima, descaminho e dano de pequena monta, lesão corporal de extrema singeleza etc⁸¹.

Conforme se vê, são inúmeras as possibilidades de aplicação do princípio da insignificância em casos concretos. Várias são as jurisprudências encontradas em que podemos examinar os efeitos trazidos pelo uso do princípio ora estudado em um rol exemplificativo de delitos. Vejamos, então, alguns julgados em que o citado princípio foi empregado:

81. JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: parte geral**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10-11.

a) Nos delitos de lesão corporal.

Quanto aos delitos de lesão corporal, se deles resultar consequências mínimas e insignificantes, é possível aproveitar o princípio da insignificância. Nesse sentido observemos a manifestação a seguir:

EMENTA: ACIDENTE DE TRÂNSITO. LESÃO CORPORAL. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME NÃO CONFIGURADO. SE A LESÃO CORPORAL (PEQUENA EQUIMOSE) DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRÂNSITO E DE ABSOLUTA INSIGNIFICÂNCIA, COMO RESULTA DOS ELEMENTOS DOS AUTOS - E OUTRA PROVA NÃO SERIA POSSIVEL FAZER-SE TEMPOS DEPOIS - HÁ DE IMPEDIR-SE QUE SE INSTAURE AÇÃO PENAL QUE A NADA CHEGARIA, INUTILMENTE SOBRECARREGANDO-SE AS VARAS CRIMINAIS, GERALMENTE TÃO ONERADAS. (STF - RHC: 66869 PR, Relator: ALDIR PASSARINHO, Data de Julgamento: 05/12/1988, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 28-04-1989 PP-06295 EMENT VOL-01539-02 PP-00187)

b) Nos delitos patrimoniais.

Nesse tipo de delito, a insignificância possui um vasto campo de incidência. Conforme a doutrina, a capacidade econômica da vítima não é critério para sua aferição⁸². O que se leva em conta é o valor do objeto material do delito.

A aplicabilidade do princípio da insignificância no delito de furto, para afastar a tipicidade penal, é cabível quando se evidencia que o bem jurídico tutelado (no caso, o patrimônio) sofreu mínima lesão e a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social. É o que se denota dos julgados:

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - TENTATIVA DE FURTO - REJEIÇÃO DA DENÚNCIA - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - RES FURTIVA DE VALOR ÍNFIMO - DANO PATRIMONIAL INSIGNIFICANTE - ATIPICIDADE DA CONDUTA - RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO. (TJ-MS - RECSENSES: 12111 MS 2006.012111-3, Relator: Des. Gilberto da Silva Castro, Data de Julgamento: 29/08/2006, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 13/09/2006)

EMENTA - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - MINISTÉRIO PÚBLICO - TENTATIVA DE FURTO - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - COISA FURTADA DE VALOR ÍNFIMO - DANO PATRIMONIAL INSIGNIFICANTE - FURTO DE BAGATELA - ATIPICIDADE DA CONDUTA - RECURSO

82. “[...], a insignificância nos delitos patrimoniais não leva em conta a capacidade econômica do ofendido, mas o valor do bem em si mesmo. Assim, o furto de um automóvel jamais será insignificante, mesmo que, diante do patrimônio da vítima, o valor seja pequeno cotejado com os demais bens” (CAPEZ, op.Cit., p. 13).

IMPROVIDO. (TJ-MS - RECSENSES: 10176 MS 2003.010176-4, Relator: Des. Carlos Stephanini, Data de Julgamento: 05/11/2003, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 13/11/2003)

PENAL - CRIME DE DANO QUALIFICADO - ART. 163, PARÁGRAFO ÚNICO, III, DO CÓDIGO PENAL - PREJUÍZO PATRIMONIAL DE PEQUENA MONTA - POSSIBILIDADE DE RESSARCIMENTO DO DANO, NA ESFERA CÍVEL - CARÁTER SUBSIDIÁRIO E FRAGMENTÁRIO DO DIREITO PENAL - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - APLICABILIDADE - ORDEM CONCEDIDA. I - Em se tratando de crime contra o patrimônio - como é o caso do delito de dano qualificado (dano contra o patrimônio público), previsto no art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal -, não se pode considerar típica a destruição ou deterioração que acarrete irrisório prejuízo, por ser insuficiente para ferir, de maneira significativa, o Erário nacional, máxime levando-se em consideração a possibilidade de ressarcimento do respectivo valor, na esfera cível. Ainda que se pondere sobre a especial finalidade de agir do agente, em relação à res pública, não há como não inseri-la entre os crimes de bagatela, de maneira a excluir a tipicidade penal, desde que sem prejuízo da indenização e da sanção (se o caso), na esfera civil. II - No caso, embora se trate de delito de dano a bem público, aplica-se o princípio da insignificância, em virtude do prejuízo patrimonial de pequena monta e da natureza subsidiária e fragmentária do Direito Penal, que só deve ser acionado quando outros ramos do Direito não forem suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos. No caso presente, há possibilidade de ressarcimento do dano, na esfera cível. Precedentes. III - Ordem concedida. (TRF-1 - HC: 74975 PA 0074975-76.2010.4.01.0000, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 22/02/2011, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.413 de 04/03/2011)

c) Nos delitos de Tráfico de Drogas

O Superior Tribunal Federal considera como crimes incompatíveis com o princípio da insignificância os crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça à pessoa, Tráfico de Drogas e Crimes de falsificação:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº. 11.343/06. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DUAS PORÇÕES DE "COCAÍNA" E QUARENTA GRAMAS DE "MACONHA". IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E STJ. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO- PROBATÓRIA. WRIT DE COGNIÇÃO SUMÁRIA. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO LEGAL. POSICIONAMENTO ADOTADO PELO STF. INFORMATIVOS Nº 601 E 602, DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA. a) "(. . .) É pacífica a jurisprudência desta Corte Suprema no sentido de não ser aplicável o princípio da insignificância ou bagatela aos crimes relacionados a entorpecentes, seja qual for a qualidade do condenado. (...)" (STF - HC 91.759/MG - Rel. Min. Menezes Direito - J. 09/10/2007 - Dje 30/11/2007). b) Uma apuração mais profunda e certa dos fatos narrados só é possível numa cognição exauriente, isto é, durante a instrução criminal, na qual é garantido ao acusado provar todas as teses suscitadas, sob a proteção do contraditório e da ampla defesa. Situação diversa ocorre em sede de habeas corpus, cuja cognição é sumária, vez que apenas se presta para a aferição de manifesto constrangimento ilegal na liberdade de locomoção do indivíduo. c) Enquanto não estiver decidido em definitivo pelo Plenário da Corte Suprema, prevalece o entendimento de que é vedada a concessão da liberdade provisória aos crimes de

tráfico e associação para o tráfico. (TJ-PR - HC: 7764838 PR 0776483-8, Relator: Rogério Kanayama, Data de Julgamento: 19/05/2011, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 640)

d) Nos delitos de descaminho

Nos delitos de descaminho de bens tornou-se relevante o valor da multa e do débito tributário devidos à Fazenda Pública. Isso porque se a quantia total desses últimos for menor do que os gastos para o prejudicado promover a execução fiscal, o caso será mais um de incidência do mencionado princípio.

De forma expressa, e nessa linha de raciocínio, veio o artigo 20 da lei 10.522/2002 que dispõe:

Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Portanto, se o débito em multas e tributos for de até R\$ 10.000 (dez mil reais), incide a insignificância, e os autos são arquivados. Toda sonegação fiscal até esse último valor será, também, insignificante, pelo mesmo raciocínio.

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. DESCAMINHO. ART. 334 DO CP. CRÉDITO TRIBUTÁRIO INFERIOR A R\$ 10.000,00. LIMITE MÍNIMO. EXECUÇÃO DE DÉBITOS FISCAIS. FAZENDA NACIONAL. ART. 20, LEI 10.522/02. REDAÇÃO DA LEI 11.033/04. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. MERCADORIA APREENDIDA DE VALOR INEXPRESSIVO. 1. Em face do advento de regramento que manifesta o desinteresse do erário com arrecadação de determinados valores (art. 20 da MP 2.095-76, de 13/06/01, convertida na Lei 10.522, de 19/07/02), cabível é o princípio da insignificância na esfera penal, mesmo em se tratando de crime de descaminho. 2. O Estado, vinculado pelo princípio da intervenção mínima em direito penal, somente deve ocupar-se das condutas que impliquem grave violação ao bem juridicamente tutelado (STF - HC 95749/PR). 3. A adequação material da tipicidade decorre da necessidade de se dar relevância ao caráter fragmentário do direito penal, afastando da incidência da ultima ratio situações que, por sua inexpressividade, não ofendam ou pouco ofendam os bens jurídicos tutelados pela norma penal. 4. O descaminho de mercadorias de procedência estrangeira, de valor inexpressivo, não deve ser punido por não ofender nenhum bem jurídico. É materialmente irrelevante a conduta de descaminho quando o valor do tributo não recolhido é inferior aos R\$ 10.000,00 (dez mil reais) estabelecidos pela Lei 11.033/04 para ajuizamento de execução fiscal de crédito tributário. 5. Apelação não provida. (TRF-1 - ACR: 1092 MG 0001092-69.2006.4.01.3805, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 25/03/2013, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.1194 de 12/04/2013)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. DESCAMINHO. ART. 334,CAPUT, § 1º, ALÍNEA C DO CP. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. MERCADORIA APREENDIDA DE VALOR INEXPRESSIVO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. 1. A conduta do acusado, consistente em manter em sua loja produtos de procedência estrangeira, introduzida clandestinamente no País, não causou, efetivamente, nenhuma lesão ao bem jurídico tutelado. In casu, ante a presença simultânea dos requisitos de: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada, aplica-se o princípio da insignificância. 2. Apelação não provida. (TRF-1 - ACR: 73405 MG 0073405-04.2010.4.01.3800, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 06/02/2012, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.185 de 17/02/2012)

e) Nos delitos contra a administração pública

É o que se encontra em decisão proferida pela Primeira Turma do STF que reconheceu a incidência da insignificância em um crime de peculato, conforme se observa abaixo:

HABEAS CORPUS. PECULATO PRATICADO POR MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DA AÇÃO PENAL. DESPROPORCIONALIDADE. 1. A circunstância de tratar-se de lesão patrimonial de pequena monta, que se convencionou chamar crime de bagatela, autoriza a aplicação do princípio da insignificância, ainda que se trate de crime militar. 2. Hipótese em que o paciente não devolveu à Unidade Militar um fogão avaliado em R\$ 455,00 (quatrocentos e cinquenta e cinco) reais. Relevante, ademais, a particularidade de ter sido aconselhado, pelo seu Comandante, a ficar com o fogão como forma de ressarcimento de benfeitorias que fizera no imóvel funcional. Da mesma forma, é significativo o fato de o valor correspondente ao bem ter sido recolhido ao erário. 3. A manutenção da ação penal gerará graves consequências ao paciente, entre elas a impossibilidade de ser promovido, traduzindo, no particular, desproporcionalidade entre a pretensão acusatória e os gravames dela decorrentes. Ordem concedida. (STF - HC: 87478 PA, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 28/08/2006, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 23-02-2007 PP-00025 EMENT VOL-02265-02 PP-00283)

5 A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

5.1 Considerações iniciais

A questão que se coloca no presente trabalho é saber se o princípio da insignificância, frequentemente utilizado pelos penalistas, pode ser aplicado por analogia aos atos cometidos por agentes públicos em desarmonia com os princípios constitucionais, mais precisamente os atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8429/92.

A Lei 8.429/92 regulamenta o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal⁸³ (ação civil de improbidade administrativa) e estabelece as sanções a serem aplicadas aos agentes públicos em caso de prática de atos que configurem enriquecimento ilícito⁸⁴, causem prejuízo ao erário⁸⁵ e atentem contra os princípios da administração pública⁸⁶.

Os atos que envolvem enriquecimento ilícito podem ser quaisquer atos que impliquem auferir vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de função nos órgãos e entidades públicas. Já os atos que causam prejuízo ao erário podem ser caracterizados como qualquer ação ou omissão que enseje perda patrimonial dos mesmos órgãos e entidades. Por último, os atos que atacam contra os princípios da Administração Pública são aqueles que por meio de uma conduta positiva ou omissiva violem os princípios administrativos.

83. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

84. Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...)

85. Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...)

86. Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: (...)

Destaca-se que a citada lei não é de natureza penal (criminal)⁸⁷ e sim de natureza civil.

A Lei 8.429/92 funciona como relevante instrumento de combate à corrupção e malversação do patrimônio público, prevendo, em seus artigos, alguns atos de improbidade que também são definidos como crime nas leis penais, mas não são todos. Quando isso ocorre, o agente deverá responder, de forma independente, a ação penal e a ação de improbidade administrativa e poderá receber punição ou absolvição em ambas. Os agentes públicos poderão responder ainda a processo disciplinar.

Ressalta-se que a estudada lei recebe críticas de parcela dos advogados e dos gestores e administradores de bens públicos que alegam haver uma aplicação desarrazoada, obstáculo à própria administração e à busca de interessados na assunção de cargos públicos de maior relevo.

No que se refere à aplicabilidade do princípio da insignificância aos delitos contra a Administração Pública, necessário se faz analisar como a doutrina e os Tribunais brasileiros vêm tratando o referido tema. Encontramos duas principais posições doutrinárias: A corrente tradicionalista que não vislumbra a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância aos atos de improbidade administrativa e, em lado diametralmente oposto, a corrente progressista que entende possível tal aplicação.

5.2 O caso do Chefe de Gabinete da Prefeitura do Município de Vacaria/RS

Um caso ilustra o debate pretendido pelo presente trabalho e expõe o posicionamento das duas correntes citadas anteriormente, apontando suas razões para admitir ou negar a aplicação do princípio da insignificância aos casos de improbidade administrativa.

Trata-se de caso concreto em que o Chefe de Gabinete da Prefeitura do Município de Vacaria/RS, João Amaro Borges Da Silva, foi acusado pelo Ministério Público Estadual de aproveitar-se da força de três servidores integrantes da Guarda Municipal, bem como de veículo pertencente à municipalidade para transportar bens particulares. Para o órgão ministerial, a conduta do agente público violou a Lei n. 8.429/1992, Lei de Improbidade

87. Os vários atos de improbidade previstos na Lei 8.429/92 são atos ilícitos de natureza civil. Por esse motivo é tecnicamente incorreto falar em “crime” de improbidade administrativa. Para uma conduta ser crime, é preciso lei que assim a defina. Ato de improbidade é uma espécie de ato ilícito no direito (gênero), assim como o crime.

Administrativa, em seus artigos 9º e 11, razão pela qual foi interposta ação civil pública, buscando a aplicação das sanções legais. O agente, ao admitir os fatos que lhe são imputados (são incontroversos e confessados), pediu exoneração do cargo e ressarciu aos cofres públicos a importância de R\$ 8,47 (oito reais e quarenta e sete centavos) referentes ao combustível utilizado no deslocamento. Em sua defesa, o réu alegou que o prejuízo ao erário decorrente do fato foi mínimo, razão pela qual pediu a improcedência da ação de improbidade.

Na primeira instância, o juízo singular reconheceu a configuração da improbidade administrativa e lhe cominou multa de mil e quinhentos reais, contudo afastou as demais sanções previstas na lei e pretendidas pelo Ministério Público, quais sejam: a suspensão de direitos políticos e a proibição de contratar com o Poder Público.

O réu interpôs recurso que objetivava afastar a multa imposta, mas o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao examinar a sentença em grau de apelação, julgou improcedente a ação civil pública. Para isso, aplicou à hipótese o princípio da insignificância em analogia com o Direito Penal. Apesar de típica, a conduta não atingiria, de modo relevante, o bem jurídico protegido. O TJRS assim se manifestou:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANO IRRELEVANTE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. A prosaica importância de oito reais e quarenta e sete centavos que ensejou toda a movimentação do aparato judiciário, desde o inquérito civil até a propositura da ação civil pública, culminando em desproporcional sanção, poderia ensejar, quando muito, multa do mesmo porte, também por isso irrelevante. O princípio da insignificância cunhado pelos penalistas, têm como atípicas ações ou omissões que de modo ínfimo afetem o bem jurídico tutelado. Na verdade, tanto na esfera penal quanto tratando-se de ato ímprobo, a incidência indiscriminada da norma, sem que tenha o julgador a noção da proporcionalidade e da razoabilidade, importa materializar a opressão e a injustiça. Por isso, condutas que do ponto de vista formal se amoldam ao tipo não devem ensejar punição, quando de nenhuma relevância material. O princípio da insignificância dá solução a situações de iniquidade na medida em que descriminaliza condutas que embora formalmente típicas, não atingem o bem jurídico protegido ou o atingem de modo irrelevante. Apelo provido” (TJ/RS, Apelação Cível nº 70012886412, 21ª Câmara Cível, Relator: Genaro José Baroni Borges, julgado em 08/02/2006).

O Ministério Público Estadual, inconformado com o acórdão do tribunal de justiça gaúcho, interpôs recurso especial. Em sua decisão, o Superior Tribunal de Justiça, deu provimento ao recurso, restabelecendo a sentença de primeiro grau, sob o fundamento de que o princípio da insignificância não pode ser utilizado para afastar a incidência da Lei de Improbidade. Proferiu o Ministro Relator no julgado:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MERA IRREGULARIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DISTINÇÃO ENTRE JUÍZO DE IMPROBIDADE DA CONDUTA E JUÍZO DE DOSIMETRIA DA SANÇÃO. 1. Hipótese em que o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ajuizou Ação Civil Pública contra o Chefe de Gabinete do Município de Vacaria/RS, por ter utilizado veículo de propriedade municipal e força de trabalho de três membros da Guarda Municipal para transportar utensílios e bens particulares. 2. Não se deve trivializar a Lei da Improbidade Administrativa, seja porque a severidade das punições nela previstas recomenda cautela e equilíbrio na sua aplicação, seja porque os remédios jurídicos para as desconformidades entre o ideal e o real da Administração brasileira não se resumem às sanções impostas ao administrador, tanto mais quando nosso ordenamento atribui ao juiz, pela ferramenta da Ação Civil Pública, amplos e genéricos poderes de editar provimentos mandamentais de regularização do funcionamento das atividades do Estado. 3. A implementação judicial da Lei da Improbidade Administrativa segue uma espécie de silogismo – concretizado em dois momentos, distintos e consecutivos, da sentença ou acórdão – que deságua no dispositivo final de condenação: o juízo de improbidade da conduta (= premissa maior) e o juízo de dosimetria da sanção (= premissa menor). 4. Para que o defeito de uma conduta seja considerado mera irregularidade administrativa, exige-se valoração nos planos quantitativo e qualitativo, com atenção especial para os bens jurídicos tutelados pela Constituição, pela Lei da Improbidade Administrativa, pela Lei das Licitações, pela Lei da Responsabilidade Fiscal e por outras normas aplicáveis à espécie. Trata-se de exame que deve ser minucioso, sob pena de transmutar-se a irregularidade administrativa banal ou trivial, noção que legitimamente suaviza a severidade da Lei da Improbidade Administrativa, em senha para a impunidade, business as usual. 5. Nem toda irregularidade administrativa caracteriza improbidade, nem se confunde o administrador inábil com o administrador ímprobo. Contudo, se o juiz, mesmo que implicitamente, declara ou insinua ser ímproba a conduta do agente, ou reconhece violação aos bens e valores protegidos pela Lei da Improbidade Administrativa (= juízo de improbidade da conduta), já não lhe é facultado – sob o influxo do princípio da insignificância, mormente se por "insignificância" se entender somente o impacto monetário direto da conduta nos cofres públicos – evitar o juízo de dosimetria da sanção, pois seria o mesmo que, por inteiro, excluir (e não apenas dosar) as penas legalmente previstas. 6. Iniquidade é tanto punir como improbidade, quando desnecessário (por atipicidade, p. ex.) ou além do necessário (= iniquidade individual), como absolver comportamento social e legalmente reprovado (= iniquidade coletiva), incompatível com o marco constitucional e a legislação que consagram e garantem os princípios estruturantes da boa administração. 7. O juiz, na medida da reprimenda (= juízo de dosimetria da sanção), deve levar em conta a gravidade, ou não, da conduta do agente, sob o manto dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que têm necessária e ampla incidência no campo da Lei da Improbidade Administrativa. 8. Como o seu próprio nomen iuris indica, a Lei 8.429/92 tem na moralidade administrativa o bem jurídico protegido por excelência, valor abstrato e intangível, nem sempre reduzido ou reduzível à moeda corrente. 9. A conduta ímproba não é apenas aquela que causa dano financeiro ao Erário. Se assim fosse, a Lei da Improbidade Administrativa se resumiria ao art. 10, emparedados e esvaziados de sentido, por essa ótica, os arts. 9 e 11. Logo, sobretudo no campo dos princípios administrativos, não há como aplicar a lei com calculadora na mão, tudo expressando, ou querendo expressar, na forma de reais e centavos. 10. A insatisfação dos eminentes julgadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com o resultado do juízo de dosimetria da sanção, efetuado pela sentença, levou-os, em momento inoportuno (isto é, após eles mesmos reconhecerem implicitamente a improbidade), a invalidar ou tornar sem efeito o próprio juízo de improbidade da conduta, um equívoco nos planos técnico, lógico e jurídico. 11. A Quinta Turma do STJ, em relação a crime de responsabilidade, já se pronunciou no sentido de que "deve ser afastada a aplicação do princípio da insignificância, não obstante a pequena quantia desviada, diante da própria condição de Prefeito do réu, de quem se

exige um comportamento adequado, isto é, dentro do que a sociedade considera correto, do ponto de vista ético e moral." (REsp 769317/AL, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 27/3/2006). Ora, se é assim no campo penal, com maior razão no universo da Lei de Improbidade Administrativa, que tem caráter civil. 12. Recurso Especial provido, somente para restabelecer a multa civil de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), afastadas as sanções de suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público, pretendidas originalmente pelo Ministério Público.⁸⁸

O Superior Tribunal de Justiça, em tal precedente, adotou o entendimento de que todo ato de improbidade, ainda que cause mínimo prejuízo ao erário, fere a moralidade administrativa, motivo pelo qual deve ser reprimido, mediante sanção compatível com a gravidade do fato.

5.3 A corrente contrária à aplicação do princípio da insignificância

Essa corrente entende não haver a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância para afastar a tipicidade material em atos de improbidade praticados por agentes públicos. É que, para esses, aqueles que cometem atos de improbidade lesam a moralidade, bem jurídico fundamental ao normal funcionamento da administração pública. Assim, não há ofensa que seja insignificante em relação à moralidade e probidade administrativas, constitucionalmente asseguradas.

Nesse sentido, o princípio da moralidade estaria conectado ao conceito de adequada administração, à honestidade, ao elemento ético, ao interesse público e à noção de bem comum. Se a moralidade administrativa é o bem jurídico protegido pela Lei de Improbidade, não se poderia falar em aplicação do princípio da insignificância às condutas imorais.

Assim, para esses, o agente público tem o dever de cuidar, com toda retidão, dos interesses da sociedade, devendo ser penalizado todos os atos que contrariem as regras de natureza constitucional que orientam seu comportamento.

Nesse caminho, esvazia-se o argumento da aplicação do princípio da proporcionalidade aos atos de improbidade, visto que, tendo a moralidade administrativa valor

88. STJ - REsp: 892818 RS 2006/0219182-6, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 11/11/2008, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/02/2010.

abstrato e intangível, ela deve ser objetivamente considerada, pois que a ela não comporta relativização a ponto de permitir "só um pouco" de ofensa.

Ademais, em razão dos indivíduos que compõem a Administração Pública não terem disponibilidade sobre os bens e interesses que lhe foram confiados também obsta o emprego do supracitado princípio. Ressalta-se que, no sistema jurídico brasileiro, vigora o princípio da indisponibilidade do interesse público, ao qual também o Poder Judiciário está vinculado. *“O Estado-juiz não pode concluir pela insignificância de uma conduta que atinge a moralidade e a probidade administrativas, sob pena de ferir o texto constitucional”*⁸⁹.

Acrescente-se ao conjunto de fundamentos que justificam a inaplicabilidade do princípio da insignificância aos atos de improbidade praticados por agentes públicos, a sua condição pessoal de cargo ou função, qual seja, a de administrador público⁹⁰. Nesse diapasão, espera-se dos gestores públicos o dever de obediência aos mandamentos legais e constitucionais, notadamente ao princípio da moralidade pública, não havendo espaço para qualquer desvio de conduta.

Como exposto, a corrente que entende inaplicável o princípio da insignificância aos atos de improbidade administrativa embasa seus argumentos na afronta ao princípio da moralidade, que por ter valor abstrato e intangível, não suporta a possibilidade de gradação da lesão ao bem jurídico protegido, ou seja, não há como dar medida à ofensa. Dessarte, a ilicitude é configurada pelo simples cometimento do ato, uma vez que foi lesado bem jurídico essencial ao normal funcionamento da administração pública deve o agente sofrer as sanções pertinentes aos seus atos. Todos os atos ilegais e, portanto, imorais, dos agentes públicos, no exercício de suas funções, devem ser penalizados.

89. STJ - REsp: 892818 RS 2006/0219182-6, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 11/11/2008, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/02/2010.

90. PENAL. PREFEITO. UTILIZAÇÃO DE MAQUINÁRIO PÚBLICO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Não é possível a aplicação do princípio da insignificância a prefeito, em razão mesmo da própria condição que ostenta, devendo pautar sua conduta, à frente da municipalidade, pela ética e pela moral, não havendo espaço para quaisquer desvios de conduta. 2. O uso da coisa pública, ainda que por bons propósitos ou motivado pela "praxe" local não legitima a ação, tampouco lhe retira a tipicidade, por menor que seja o eventual prejuízo causado. Precedentes das duas Turmas que compõem a Terceira Seção. 3. Ordem denegada. (STJ, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 11/05/2010, T6 - SEXTA TURMA)

5.4 A corrente favorável à aplicação do princípio da insignificância

Vozes doutrinárias já são ouvidas endossando a aplicabilidade do princípio da insignificância às condutas consideradas ímprobas, sob o argumento de que toda sanção deve ser imposta em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Mais criteriosa, essa corrente defende que embora a ética e a moral sejam condutas inerentes a todo agente público, é indispensável uma adequada correlação entre meio e fim na imposição de qualquer sanção. Assim, esses doutrinadores defendem a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância aos atos de improbidade administrativa, afirmando não haver motivos para sua não incidência caso a lesão ao erário público seja irrelevante. Fernando Capez ao tratar do assunto em comentário explica que:

Com relação à aplicação desse princípio, nos crimes contra a administração pública, não existe razão para negar incidência nas hipóteses em que a lesão ao erário for de ínfima monta. É o caso do funcionário público que leva para casa algumas folhas, um punhado de clips ou uma borracha, apropriando-se de tais bens. Como o Direito Penal tutela bens jurídicos, e não a moral, objetivamente o fato será atípico, dada a sua irrelevância⁹¹.

Certas condutas analisadas sob o aspecto frio da lei poderiam ser consideradas ímprobas. Contudo, eventual repreensão desses atos não encontraria reflexo no consenso social, se mostrando como demais gravosa, desproporcional. É o que se extrai dos ensinamentos da professora Vanessa Casotti:

Assim, no que se refere às condutas administrativas, não se mostra razoável a utilização do aparato judicial para a persecução de condutas insignificantes, de conteúdo violador ínfimo ao interesse público, o que, em última análise, poderia acarretar um dano maior à sociedade.

Ora, a manter-se o radicalismo, seria difícil imaginar um agente público que, em toda sua carreira, não houvesse praticado um ato que, interpretado literalmente à luz da Lei nº 8.429/92, não pudesse considerado ímprobo. Com efeito, por exemplo, quem nunca levou alguns clips do seu local de trabalho para casa? Quem nunca precisou utilizar um pedaço de papel da repartição para anotar um recado particular? Quem nunca utilizou o telefone do órgão para um assunto pessoal?

São condutas que podem ser consideradas ímprobas, se analisadas sob o aspecto frio da lei. Contudo, eventual reprimenda desses atos não encontraria reflexo no consenso social. Em outras palavras, não seria razoável ingressar-se com uma ação

91. CAPEZ, op.Cit., p. 12-13.

civil pública para punir um agente que tenha levado alguns clipes do seu local de trabalho para casa. Igualmente desarrazoado seria punir um indivíduo por ter utilizado um pedaço de papel da administração para anotar um recado particular. Também não seria razoável a reprimenda de um agente que tivesse utilizado o telefone da repartição para ligar para sua casa, a fim de se informar acerca do estado de saúde de um filho doente⁹².

Também nessa linha de pensamento Luiz Manoel Gomes Junior e Rogerio Favreto:

Impossível ignorar que mostra-se desproporcional o ajuizamento de uma Ação de Improbidade Administrativa se ausente um dano relevante para o valor a ser protegido. Deve ser ponderado que para a aplicação de qualquer sanção é indispensável uma adequação meio-fim, em outras palavras, a proporcionalidade. Na incidência do princípio da insignificância, o que se mostra relevante é a natureza ou magnitude da lesão provocada⁹³.

Os defensores da aplicação do princípio da insignificância aos atos destacados na lei de improbidade administrativa argumentam que a punição administrativa está inserida no conceito do poder punitivo do Estado e, como tal, não podem ser preterida dos avanços do mundo. Quer dizer, uma pena administrativa não deve ensejar uma resposta mais rigorosa do que aquela que seria aceita no sistema criminal, motivo pelo qual não se poderia deixar de aplicar alguns institutos penais no direito administrativo.

O tratamento dado às sanções administrativas e penais deve ser análogo, uma vez que há uma disposição em considerar estas sanções como parte do direito sancionador (ramo do Direito ocupado de regular as sanções).

Marino Pazzaglini⁹⁴, ao analisar a possibilidade da existência da obrigatoriedade mitigada da propositura da ação civil pública para alguns casos do artigo 11 da lei de improbidade, afirma: “A *obrigatoriedade mitigada* é, assim parece, o meio termo lógico e racional, capaz de adequar as pesadas sanções da lei sob comento aos casos concretos, vale dizer, conferir valia ao substrato humano e social contido na legalidade”.

92. DA PALMA, Vanessa Cristina Lourenço Casotti. DA SILVA, David Dias. **A Aplicabilidade do Princípio da Insignificância nos Atos de Improbidade Administrativa**. Ciências Sociais Aplicadas em Revista. UNIOESTE/MCR - v. 11 - n. 21 - 2º sem. 2011 - p. 9 a 27 - ISSN 1679-348X.

93. FAVRETO, Rogerio. GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Lei de Improbidade é uma das normas mais complexas**. Revista Consultor Jurídico, 7 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-07/lei-improbidade-normas-complexas-polemicas>>. Acesso em: 22 nov. 2013.

94. PAZZAGLINI FILHO, M.; ELIAS ROSA, M. F. e FAZZIO JÚNIOR, W. **Improbidade Administrativa**, São Paulo: Editora Atlas, 1996, p.203.

No momento em que defende a possibilidade da não propositura de ação civil pública pelo Ministério Público, Marino Pazzaglini cita a exímia explanação de Hugo Nigro Mazzili, transcrita abaixo:

É necessário antes preferir o caminho que combate a iniquidade, sim, mas dentro da legalidade. E a maneira correta de assim proceder é corajosamente estimular a mitigação da obrigatoriedade, sem quebra da legalidade, para casos específicos, restritivamente previstos em lei, quando verdadeiramente não haja interesse social na propositura ou no prosseguimento da ação pública. É o caso de pequenas infrações, quando o dano pôde ser integralmente reparado pelo agente ou quando a ação pública ou a própria sanção objetivada mostrarem totalmente desnecessárias e às vezes até injustas ou em desarmonia com suas finalidades⁹⁵.

Ademais, segundo esta corrente progressista, o transtorno gerado por um processo administrativo funcionaria como um inevitável exemplo para o servidor, vez que, a simples existência de um processo disciplinar, em alguns casos, já teria o condão de provocar efeitos educativos sobre o agente público.

Assim, se as condutas criminais comportam um juízo de valoração acerca do grau de lesão causada ao bem jurídico tutelado, também o direito administrativo poderia admitir a noção de bagatela.

Em recente julgado de *Habeas Corpus*⁹⁶ relatado pelo ministro Gilmar Mendes, a 2ª Turma do Superior Tribunal Federal absolveu o prefeito de Taquaral (SP), Petronílio José Vilela, de crime de responsabilidade, aplicando para tanto o princípio da insignificância.

O prefeito havia sido condenado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo a dois anos de detenção em regime inicial aberto, como incurso no inciso II do artigo 1º do Decreto-Lei 201/1967, que inclui entre os crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores o de "*utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos*". O fato aconteceu em dezembro de 2004, em mandato anterior do prefeito.

Inconformado com a condenação supracitada, o prefeito recorreu, pela via de *Habeas Corpus*, ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), porém a egrégia corte manteve a decisão do Tribunal de Justiça paulista. Dessa decisão, ele recorreu novamente em novo *Habeas Corpus* à Suprema Corte Federal.

95. Hugo Mazzilli, 1993, apud PAZZAGLINI FILHO, op.Cit., p.203.

96. *Habeas Corpus*. 2. Ex-prefeito condenado pela prática do crime previsto no art. 1º, II, do Decreto-Lei 201/1967, por ter utilizado máquinas e caminhões de propriedade da Prefeitura para efetuar terraplanagem no terreno de sua residência. 3. Aplicação do princípio da insignificância. Possibilidade. 4. Ordem concedida. (STF - HC: 104286 SP, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 03/05/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-095 DIVULG 19-05-2011 PUBLIC 20-05-2011 EMENT VOL-02526-01 PP-00042)

Assim, diante das decisões opostas proferidas pelas duas cortes superiores, ganha relevo o debate sobre a aplicação do citado princípio na seara administrativa. Defende o STF a impossibilidade de se invocar a condição pessoal do agente (no caso prefeito) para obstar a aplicação do princípio da insignificância, vez que para a aplicação do referido princípio, deve ser sopesadas somente as circunstâncias objetivas da prática delituosa, o fato em si. É o que afirma o Ministro Gilmar Mendes:

Para a aplicação do princípio em comento, apenas aspectos de ordem objetiva do fato devem ser analisados. E não poderia ser diferente. É que, levando-se em conta que o princípio da insignificância atua como verdadeira causa de exclusão da própria tipicidade, equivocado é afastar-lhe a incidência tão somente pelo fato de o paciente ter praticado o crime na condição de prefeito da municipalidade. Partindo-se do raciocínio de que crime é fato típico e antijurídico – ou, para outros, fato típico, antijurídico e culpável –, é certo que, uma vez excluído o fato típico, um dos elementos integrantes da estrutura do crime, estar-se-á diante de indiferente penal.

É por isso que reputo mais coerente a linha de entendimento segundo a qual, para a incidência do princípio da bagatela, devem ser sopesadas somente as circunstâncias objetivas em que se deu a prática delituosa, o fato em si, e não atributos inerentes ao agente, sob pena de, ao proceder a uma análise subjetiva, dar-se prioridade ao contestado e ultrapassado direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato⁹⁷.

Dessa feita, acena o STF com a aceitação, no caso concreto, da aplicação do princípio da insignificância para afastar a tipicidade material nos crimes de responsabilidade. Ora, se possível à aplicação do comentado princípio para os crimes elencados na Lei de Responsabilidade, por que não haveria de sê-lo para os atos de improbidade da Lei 8.429/92?

97. STF - HC: 104286 SP, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 03/05/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-095 DIVULG 19-05-2011 PUBLIC 20-05-2011 EMENT VOL-02526-01 PP-00042.

6 CONCLUSÃO

A improbidade administrativa é um ranço que precisa ser extirpado do seio da Administração Pública por conta da atrofia que causa à máquina estatal, pelo desequilíbrio político-econômico e social que provoca, bem como por outros efeitos nocivos que atormentam a sociedade. Indubitavelmente, é um entrave à democracia visto que aflige os princípios em que ela é sedimentada.

O Direito evoluiu também para proteger o Estado e nesse particular, o Direito Administrativo incorporou garantias e deveres à Administração, consequentemente, impôs nova postura a seus agentes, impedindo que a coisa pública seja tratada como se particular fosse e, sobretudo, garantindo o ideário democrático.

A função administrativa é vinculada à legalidade, por conseguinte, os atos administrativos devem estar adstritos à lei. A pouca margem de discricionariedade possível deve ser usada para atingir a finalidade pública. Quando desvia dessa finalidade, o agente afasta-se do seu poder legítimo e acaba por praticar atos ímprobos, eivados de vícios e de ilegalidades. É por essa razão que esses atos devem ser controlados, não só para penitenciar os malfetores, mas também para invalidá-los e inibir novas práticas.

Diante disso, o que se pode constatar do presente estudo é que, não obstante a ética e a moral sejam condutas inerentes a todo agente público, existem atos que embora tipicamente ímprobos, não causam lesão à bem jurídico, desmerecendo a movimentação do aparato judicial para a persecução de condutas insignificantes, de conteúdo violador ínfimo ao interesse público. Nesse passo, alguns doutrinadores defendem que é possível aplicar o princípio da insignificância em analogia ao Direito Penal a esses casos específicos.

A aplicação abstrata da norma a todo e qualquer ato de improbidade, como querem os mais conservadores, parece insensato e destoante ao direito moderno.

Nesse contexto, é de difícil compreensão a ideia de que uma pena administrativa deva receber uma resposta mais severa do que aquela que seria aceita no sistema criminal, motivo pelo qual não se poderia deixar de aplicar alguns institutos penais no direito administrativo.

Portanto, o tratamento dado às sanções administrativas e penais deve ser análogo, uma vez que há uma disposição em considerar estas sanções como parte do direito sancionador.

Ademais, toda sanção deve ser imposta em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, o que torna imperiosa uma adequada correlação entre meio e fim na imposição de qualquer sanção.

Na prática, o que se vê é que não há um posicionamento unânime sobre a aplicação do princípio da insignificância, principalmente no que se refere à seara administrativa, o que suscita que os Tribunais resolvam logo essa celeuma. No entanto, embora instâncias inferiores venham condenando agentes públicos, desconsiderando este princípio, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal vem caminhando para o seu cabimento, justamente por considerar uma intervenção estatal desproporcional, penosa demais, diante do ato cometido.

Por derradeiro, conforme analisado, a discussão acerca da aplicação desse princípio é ainda muito recente, o que evidencia a necessidade de realização de estudos doutrinários mais aprofundados e específicos a respeito do tema. Da mesma forma, os Tribunais precisam sumular suas decisões, impedindo, assim, que centenas de processo sobrecarreguem o Judiciário e movimentem a máquina pública, provocando gastos desnecessário ao Estado.

REFERÊNCIAS

BERTONCINI, Mateus. **Ato de Improbidade Administrativa: 15 Anos da Lei 8.429/1992**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências, Brasília/DF, 02 de junho de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm> Acesso em: 01 nov. 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1.

COSTA, José Armando da. **Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa**. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

DA PALMA, Vanessa Cristina Lourenço Casotti. DA SILVA, David Dias. **A Aplicabilidade do Princípio da Insignificância nos Atos de Improbidade Administrativa**. Ciências Sociais Aplicadas em Revista. UNIOESTE/MCR - v. 11 - n. 21 - 2º sem. 2011 - p. 9 a 27 - ISSN 1679-348X.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Discrecionalidade Administrativa**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FAVRETO, Rogerio. GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Lei de Improbidade é uma das normas mais complexas**. Revista Consultor Jurídico, 7 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-07/lei-improbidade-normas-complexas-polemicas>>. Acesso em: 22 nov. 2013.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris Saraiva, 2008.

GARCIA, Emerson. **Sujeitos dos atos de improbidade: reflexões**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 715, 20 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6912>>. Acesso em: 1 dez. 2013.

GARCIA, Emerson. **Combate à corrupção no Brasil**. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos905/o-combate-corruptcao/o-combate-corruptcao2.shtml>>. Acesso em: 1 dez. 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, v. 1.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: parte geral**. 30^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28^a ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19^a ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional Administrativo**. 19^a ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NEIVA, José Antonio Lisboa. **Improbidade Administrativa: Legislação Comentada Artigo por Artigo, Doutrina, Legislação e Jurisprudência**. Niterói: Impetus, 2009.

PAZZAGLINI FILHO, M.; ELIAS ROSA, M. F. e FAZZIO JÚNIOR, W. **Improbidade Administrativa**, São Paulo: Editora Atlas, 1996.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. **Improbidade administrativa**. 1^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral: arts 1º a 120**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, v. 1.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SILVA, Almiro do Couto e. **Notas sobre o dano moral no Direito Administrativo**. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Abril, maio, junho de 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-ALMIRO%20COUTO.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Vade Mecum / obra coletiva de autoria da editora saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. – 12^a ed. Atual. E ampl. - São Paulo: Saraiva, 2011.